

O REGIME DE BENS DOS CASADOS EM PAIS DIVERSO DO DA SUA NACIONALIDADE

PELO PROF. DR. JAYME DE GOUVEIA

O contrato ante-nupcial que, no nosso Código Civil, em certos passos, vem designado por escritura ante-nupcial, é, indubitavelmente, um verdadeiro contrato, mas tem só a natureza jurídica de um contrato celebrado entre os futuros cônjuges, para fixarem o regime de bens, como o declara expressamente o art. 1.098.º do Cód. Civil, nestes termos :

«Na falta de qualquer *acôrdo* ou *convenção*...».

É, porém, princípio fundamental em direito internacional que os efeitos dos contratos são governados pela lei da autonomia da vontade das partes, como o estabelece expressamente o art. 4.º do Código Comercial e implicitamente se encontra disposto em vários artigos do Código Civil.

É o velho princípio liberal da autonomia da vontade das partes que é fundamental em tôda a matéria de obrigações.

Portanto, se dois indivíduos casam em país estrangeiro e estabelecem acôrdo ou convenção sôbre o regime de bens, é indubitável que é êsse regime o que fica entre êles a vigorar.

Suponhamos, porém, que dois estrangeiros casam em Portugal, e que, por hipótese, não fizeram contrato ante-nupcial, sendo o regime supletivo dos países — o da nacionalidade dos cônjuges e o da celebração do casamento — diferentes.

Em todos os Códigos, como se sabe, quando há falta de con-

venção sôbre o regime de bens, se estatui um regime supletivo que se entende ser aquele que os cônjuges quiseram adoptar.

Surge, então, a questão : na falta de convenção ante-nupcial, qual o regime de bens ?

O regime supletivo da nacionalidade dos cônjuges ou o regime supletivo estabelecido no nosso Código Civil ?

O assunto reveste-se dum interêsse prático, porquanto é vulgaríssimo dois espanhóis casarem em Portugal, não tendo feito contrato ante-nupcial e, como se sabe, o regime supletivo do código espanhol é o de *gananciales* ao passo que o do nosso código é o de *comunhão geral de bens*.

Demoulin, partindo sempre do princípio de que o regime de bens é o que as partes quiseram — o *princípio da autonomia da vontade das partes* — ensinou que, na falta de outros elementos, devia atender-se ao elemento do domicílio dos cônjuges, porque deve considerar-se que êles quiseram casar segundo o regime supletivo existente no país do domicílio.

Daqui veio que os autores superficiais tivessem entendido *carément* que o regime aplicável era o regime supletivo da lei pessoal que, antanho, em quasi todos os países, era a lei do domicílio, mas que depois do código napoleónico passou a ser, na maioria dos Estados da Europa, não a lei do domicílio mas a nacional.

Daqui a confusão em que muitos escritores laboram.

A doutrina de *Demoulin* é verdadeira e conforme com os princípios do direito internacional, mas a doutrina de alguns escritores modernos é inexacta, por estar em inteiro desacôrdo com os dados da ciência jurídica.

Acontece com o regime de bens o mesmo que com todos os outros contratos.

Por exemplo : um contrato de compra e venda de coisas móveis, internacional...

Qual a lei que regula os efeitos dele ?

Se o contrato foi reduzido a escrito e nele foram determinados os seus efeitos, são êstes que têm de ser observados pelas partes ; porém se os efeitos do contrato não foram determinados por escrito, como se alcançarão êstes ?

Os escritores ensinam que a vontade dos contraentes foi a de regular o seu contrato pelas normas supletivas do país onde se

cumpra a principal obrigação, que é a da entrega da coisa comprada.

Assentemos, pois, nisto :

O contrato que regula o regime de bens entre os conjugues é determinado pela vontade das partes, mas na hipótese figurada, a vontade das partes chegou a ser expressa, embora não o fôsse em escritura ante-nupcial, pois no registo de casamento consta que os cônjuges casaram segundo o regime de comunhão geral de bens, que é o regime supletivo no país da celebração.

A ser assim, não temos, pois, que procurar elementos de verificação da vontade das partes, pois elas terão dito expressamente por que regime deviam ser regulados os bens da sociedade conjugal.

Queremos aparar um argumento que vemos delinear-se. É êste : — O regime de bens quando não seja o supletivo, só pode estabelecer-se em escritura pública, o que equivale a dizer que os índices da vontade das partes só podem manifestar-se por documento autêntico ou seja por escritura pública.

Há aqui outro equívoco.

A forma externa dos actos é regulada pela lei do lugar da sua celebração, segundo o aforismo *locus regit actum*, mas a lei portuguesa só exige, normalmente, escritura pública para estabelecer um regime diverso do regime de comunhão de bens, por consequência os índices da vontade dos futuros cônjuges para estabelecer o regime da comunhão de bens ainda que êste não seja o regime supletivo da sua lei nacional, pode ser manifestado por qualquer meio que os traduza.

Além disso êsses modos ou indicações de índices são presunções donde se deduz a vontade das partes, e para a fixação de presunções não estabelece a lei meios de prova, pois a presunção já por si é uma prova.

Existe outra doutrina que a seguir exporemos, a-pesar-de ser muito vasta-oceânica, como soi dizer-se modernamente.

Parece-me ser defensável a tese de que a sociedade conjugal, seja qual fôr o regime de bens estabelecido, é uma sociedade civil com personalidade jurídica mais ou menos atenuada, con-

forme o regime respectivo, constituindo os bens comuns uma *universitas juris*.

Esta tese tem levantado contraditores, mais ou menos conscientes, mas nós *per summa capita*, vamos esboçar a demonstração dela, *primo* mostrando a insuficiência de tôdas as outras teses que se ocupam da propriedade dos bens nas sociedades conjugais, *secundo* por demonstração directa de que à sociedade conjugal cabem todos os atributos e tem todos os requisitos da sociedade civil.

Muitas são as teorias referentes à propriedade dos bens conjugais.

Eis as principais :

Teoria da compropriedade; teoria da indivisão; teoria da propriedade colectiva; teoria da propriedade exclusiva do marido; e, finalmente, a teoria da sociedade conjugal como sendo uma sociedade civil com personalidade jurídica mais ou menos atenuada.

Uma teoria muito difundida, que entre nós com o prof. Paulo Merêa, tomou a figuração *Gesammte Hand* germânica é a da compropriedade de ambos os cônjuges nos bens conjugais.

Todavia, se bem atentarmos impõe-se com tôda a evidência a distinção da natureza jurídica da compropriedade e da sociedade conjugal.

Vejamus como assim é, sem aprofundarmos a questão.

A comunhão conjugal emerge duma relação pessoal, ao passo que a compropriedade promana duma relação real. Com efeito, a compropriedade não é mais do que uma modalidade da propriedade individual, com esta diferença apenas : na compropriedade o mesmo objecto pertence a vários sujeitos que, no entanto, põem e dispõem livremente da sua parte, salvo o direito de preferência dos outros comproprietários, o qual não vem alterar a posição jurídica de cada um.

Quere dizer : o condomínio é sempre uma propriedade individual, em que há apenas confusão material das partes, por isso cada comproprietário é independente dos outros e é capaz, êle só, de agir sôbre a sua parte.

Daqui resulta que, falecendo um comproprietário, a comunhão ordinária continua com os seus herdeiros, enquanto que a comu-

nhão conjugal se dissolve não só por morte ou divórcio, mas até pela separação.

Acresce que o regime de propriedade não convém ao regime de bens na sociedade conjugal, pois, ao contrário do que se verifica no condomínio, na comunhão os poderes de disposição estão suspensos.

O marido não pode alienar bens imobiliários sem outorga da mulher, nem esta pode alienar ou adquirir bens de qualquer natureza que sejam, sem autorização do marido (arts. 1.191.º e 1.193.º do Cód. Civil).

Mais ainda : O regime de administração é diverso na propriedade e na sociedade conjugal, pois que nesta, como se sabe, a administração dos bens pertence normalmente ao marido, ao passo que naquela tal direito pertence conjuntamente a todos.

Além disso, enquanto a cota de cada comproprietário pode ser livremente hipotecada, penhorada e alienada (salvo o direito de preferência atrás referido), ficando o penhorado e alienante excluído *ipso facto* do condomínio, na sociedade conjugal nada disto acontece, pois, posto que haja penhora e alienação, a sociedade conjugal continua subsistindo.

Uma teoria francesa entre nós perfilhada pelo professor Paulo Merêa pretende explicar os efeitos duma das modalidades da sociedade conjugal — a comunhão geral de bens — recorrendo à noção germânica da propriedade em mão comum (Gesammte Hand).

Mas esta doutrina que é difundida principalmente, senão exclusivamente, no terreno histórico, com razões históricas também tem sido combatida por muitos autores modernos, designadamente por Carbonnier (Le Regime Matrimonial).

Em primeiro lugar, afirma-se que a comunhão conjugal dos povos latinos não se liga historicamente com a propriedade em mão comum, pois dela sempre se diferenciou ; em segundo lugar, prova-se que a comunhão conjugal nunca foi considerada no direito antigo como uma propriedade em mão comum, mas sim como uma companhia, forma arcaica e concreta de sociedade moderna.

É por estas e outras múltiplas razões que, num tratado de di-

reito civil, exporemos pormenorizadamente, afirmo que os bens conjugais não estão em regime de compropriedade.

Parece-me ajustado o acôrto.

*
* *

Outra teoria, que igualmente se afigura inadmissível, é a que considera a propriedade conjugal como uma indivisão.

Esta doutrina merece a nossa opposição, *primo* porque a indivisão é uma situação jurídica inorganizada e referindo-se a fins individuais, ao passo que os bens conjugais revestem essencialmente um carácter orgânico adaptado ao interêsse colectivo da família (1); *secundo*, porque preceitos do nosso direito positivo, por exemplo o art. 2.180.º do Cód. Civil, obstam a que possamos considerar os bens conjugais uma indivisão.

Na verdade, o art. 2.180.º dispõe: «nenhum comproprietário será obrigado a permanecer na indisão e poderá em todo o tempo requerer a partilha, excepto:

1.º — Nos casos de casamento ou sociedade, em conformidade das respectivas disposições dêste Código».

Isto significa, sem dúvida, que há uma diferença de natureza jurídica entre a indivisão e os bens conjugais, embora se pudesse deduzir dêste artigo que os bens conjugais em alguns regimes tinham a natureza jurídica de compropriedade.

Mas esta tese já ficou contraditada no capítulo anterior.

É, pois, legítimo afirmar que não se pode considerar indivisão a propriedade conjugal.

*
* *

Um terceira teoria sustenta que os bens conjugais estão em propriedade colectiva.

Esta tese, segundo me parece, é defendida, entre nós, pelo prof. Dr. Pires de Lima.

(1) — Bonnecase, Supplement au Traité de Baudry Lacantenerie, IV, n.º 237.

Sustentam os seus partidários que na propriedade colectiva há um só direito de propriedade de que são titulares vários indivíduos.

Há, por assim dizer, uma affectação do património a um fim especial, há um património que responde exclusivamente por certas dívidas, e por isso a partilha nunca pode ser feita senão depois de atingido o fim a que êsses bens se destinavam.

Ora, dizem, é exactamente o que se passa no caso da comunhão de bens: o marido e a mulher são titulares de um património comum, sôbre que têm os dois conjuntamente um único direito.

Esse património está affectado a um fim, porque se destina a fazer face às despesas de sustentação do casal «ad sustinenda onera matrimonii».

Por isso mesmo responde pelas dívidas contraídas para êsse fim.

E, como património de affectação especial que é, só poderá ser partilhado depois de dissolvido o casamento, isto é, uma vez que desapareceu o fim a que estava affectado.

Esta doutrina só parcialmente é verdadeira, pois, dizer-se, apenas, que é uma propriedade colectiva, isso é insuficiente para caracterizar a comunhão.

Efectivamente, a ciência do direito revela-nos a existência de interesses colectivos a par dos interesses individuais, por isso a técnica jurídica criou as pessoas colectivas, com capacidade jurídica, pois... pessoa equivale a dizer entidade juridicamente capaz, ao lado das pessoas individuais.

Para que haja uma pessoa colectiva tanto basta a convergência dos seguintes elementos: *um grupo humano, um património, um fim colectivo e o reconhecimento*.

Se bem considerarmos, todos êsses elementos, que não só o agregado humano, se encontram na sociedade conjugal.

A teoria da propriedade colectiva reconhece expressamente a existência do agregado pessoal, do património colectivo e do fim colectivo. Só não confessa a existência do *reconhecimento*.

É, porém, fácil verificar que também êste elemento converge, o que faremos num dos capítulos seguintes.

Como já escrevemos no nosso livro «Construção Jurídica da

Propriedade», há cinco espécies de propriedades colectivas : propriedade comunal, o domínio público, o domínio privado da Nação, os bens de mão morta e a propriedade societária.

Os bens conjugais, entendiamos já então, são uma espécie de propriedade societária, por isso também uma propriedade colectiva. Mas dizer simplesmente que são uma propriedade é insuficiente, porque não se exprime acertadamente a realidade da natureza jurídica dos bens conjugais.



Uma outra tese, que merece pouco a nossa atenção por ser manifestamente contrária aos textos legais, é a da *propriedade exclusiva do marido*.

Esta tese foi seguida por muitos escritores franceses, que fizeram doutrina no tempo dos *costumes*, antes do Código Civil francês.

Posteriormente foi defendida por Toullier.

Traduz esta doutrina o brocardo jurídico «*uxor non est propria socia, sed speratur fore*».

Tinha algum interêsse mostrar a proveniência histórica desta tese, que se filia num êrro de direito romano. No campo do direito positivo perdeu todo o interesse, desde que há disposições expressas de lei, como a do art. 1.117.º do Código Civil, que diz : «*O domínio e posse dos bens comuns está em ambos os cônjuges...*»

(Continua)

Jaime de Gouveia