

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROBLEMA DA DETERMINAÇÃO DA LEI NORMALMENTE COMPETENTE PARA REGULAR OS EFEITOS PATRI- MONIAIS DO CASAMENTO

Pelo DR. JOSÉ CELESTINO RAMOS

INTRODUÇÃO

§ 1.º — *Generalidades.*

§ 2.º — *Interesse do problema.*

§ 3.º — *Breve notícia histórica; a «famosissima quaestio».*

§ 1.º

Generalidades

O acto jurídico casamento, que, com o Doutor Paulo Cunha, definiremos como sendo o acto jurídico pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem, com o fim atribuído pela lei a esse acto, de constituírem legitimamente a família, é um acto *sui generis* e de natureza complexa (1).

Efectivamente, pelos objectivos que o acto jurídico casamento se propõe atingir, nomeadamente a constituição da família legítima e a

(1) *Direito da Família*, Prelecções do Prof. Paulo Cunha, publicadas por Raul Ventura, Raul Marques e Júlio Salcedas, pág. 198.

consequente garantia das suas condições de existência, toda a técnica jurídica aplicável aos actos jurídicos em geral, é modificada, para se adaptar às exigências novas, e com características bem especiais, que do acto jurídico casamento são próprias.

Não examinaremos neste estudo, por não ser esse o objectivo que nos propomos, todas as características extrínsecas ou intrínsecas que diferenciam o acto jurídico casamento dos outros actos jurídicos; bem diferentemente, faremos incidir a nossa atenção somente nos efeitos jurídicos, resultantes do casamento, que se produzam na esfera patrimonial, ou melhor dizendo, estudaremos os efeitos patrimoniais do casamento, encarando-os apenas sob o prisma dos conflitos de leis.

Na realidade, o acto jurídico casamento produz duas categorias de efeitos: os efeitos na esfera pessoal dos cônjuges e os efeitos na sua esfera patrimonial.

Não nos preocuparemos com os primeiros, que nos parecem de menor interesse num estudo de Direito Internacional Privado, já porque, se atendermos às suas características gerais e em países de civilização similar, eles se apresentam com características idênticas, já ainda, porque, sendo regulados injuntivamente pela lei, e não podendo, portanto, os cônjuges modificá-los, por não possuírem no que lhes diz respeito, autonomia da vontade, todos os conflitos de leis que neste aspecto possam surgir terão sempre um interesse relativo.

Pelo contrário, os efeitos na esfera patrimonial, que, já no Direito Civil apresentam um primordial interesse, não só pela importância das relações pecuniárias entre os cônjuges, como também pela importância inegável das relações pecuniárias entre os cônjuges e terceiros, oferecem, em Direito Internacional Privado, um vasto e importantíssimo campo de estudo.

Assim, e bem diferentemente do que vimos acontecer com os efeitos na esfera pessoal, os efeitos patrimoniais, porque diferem de legislação para legislação, se estamos perante um regime-legal, ou porque, em caso de regime convencional, estão muito fortemente dependentes da autonomia da vontade dos cônjuges, e são, portanto, forçosamente diferentes, geram, frequentíssimas vezes, graves problemas de conflitos de leis.

Estes conflitos de leis dar-se-ão sempre que os cônjuges estejam dependentes de duas ou mais legislações que não possam ser aplica-

das simultâneamente,— ou porque os cônjuges estão submetidos a leis pessoais diversas ou porque a solução preconizada pela lei do país onde casaram ou onde foram estabelecer o seu domicílio matrimonial é diferente daquela que a sua lei pessoal estabelece — sendo então necessário determinar qual delas deve regular o seu regime matrimonial.

Quais as regras e quais os princípios que hão-de orientar essa determinação?

É este o estudo que nos propomos fazer.

§ 2.º

Interesse do problema

O interesse do estudo dos conflitos de leis relativos aos efeitos patrimoniais do casamento já foi vagamente afluído no parágrafo anterior.

Convém, agora, ver, mais pormenorizadamente, todo o alcance do problema, para que melhor se possa aquilatar do interesse deste trabalho.

Se olharmos a realidade hodierna, se atentarmos em que, e por virtude dos progressos das comunicações fáceis entre os povos, pelas guerras que têm nas últimas décadas afligido a humanidade, pelo aumento constante de população, etc., os movimentos de emigração e de imigração têm, nos tempos actuais atingido um ritmo anteriormente jamais alcançado, fácil nos será entrever o sem número de problemas de Direito Internacional Privado que a nossa época tem gerado.

Assim, e se examinarmos agora, em particular, todos estes factos, sob o aspecto dos efeitos patrimoniais do casamento, não é difícil verificar que, estabelecendo-se nos diversos países um grande número de estrangeiros, ou já casados nos seus países de origem, ou que, mais tarde, contraem matrimónio no país para onde emigraram, também no campo do nosso problema todo o condicionalismo moderno fez sentir os seus efeitos.

Se, por exemplo, fixarmos a nossa atenção nos estrangeiros, que, já casados, se acolhem a um outro país, para aí tentarem constituir o seu lar, verificamos que alguns deles são portadores de convenções

antenupciais celebradas nos seus países de origem, mas que a maior parte vem sem nada ter estabelecido no que respeita aos seus bens.

No primeiro caso as dificuldades são bem mais pequenas pela precisão com que as convenções antenupciais são estipuladas, dando normalmente lugar, apenas, a problemas de determinação da lei aplicável à validade das citadas convenções.

Mas, no segundo caso, porque não há regime expressamente estabelecido e porque não pode haver segurança ignorando-se qual seja o regime matrimonial, abre-se, desde logo, o gravíssimo problema de saber qual deve ser o regime legal regulador das relações pecuniárias entre os cônjuges e entre os cônjuges e terceiros.

Se as legislações de todos os países adoptassem um idêntico regime legal, é evidente que o problema não chegaria a pôr-se; mas, como não é assim, como os diferentes Estados adoptam cada um o regime que lhe parece garantir melhor a defesa dos interesses dos seus nacionais, o problema põe-se com toda a acuidade.

Para melhor se fazer ideia da diversidade de regimes matrimoniais adoptados pelos diversos países, e para verificarmos mais de perto o interesse que o nosso trabalho possa oferecer, faremos uma, ainda que breve, enumeração, dos regimes matrimoniais legais adoptados pelos diferentes países.

Assim, citaremos, primeiramente, as legislações de certos países onde foi totalmente abolida a liberdade de celebração de convenções antenupciais, e onde, portanto, o Estado impõe obrigatoriamente a adopção, por parte dos cônjuges, dum só regime matrimonial, que, com toda a propriedade recebe o nome de regime legal.

Estes países onde se não permite que os cônjuges possam estipular acerca dos seus bens, são em pequeno número; que saibamos, só o Peru e a Finlândia, esta pelo menos até ao deflagrar da guerra de 1939-45, seguiram tal orientação.

O Código Civil Peruano estabelece nos art.ºs 955.º e segs. como único regime matrimonial possível a comunhão de adquiridos, e a lei finlandesa de 25 de Abril de 1889, cap. V, art.ºs 1.º e 4.º, cap. III, art.º 5.º, permite um único regime matrimonial; o regime de comunhão de móveis e de adquiridos.

Estas duas soluções citadas, são, porém, verdadeiras excepções às orientações seguidas pela grande maioria dos outros Estados.

Todos os outros países civilizados facultam aos futuros cônjuges,

embora sob certos limites, maiores ou menores, conforme as respectivas legislações, a escolha ou mesmo a estipulação, segundo a sua vontade, do regime matrimonial que há-de regular as suas relações pecuniárias e as relações pecuniárias com terceiros, depois da celebração do casamento.

É, portanto, na quase totalidade dos países, o princípio da ampla-liberdade de estipulação acerca dos bens matrimoniais que vigora.

Porém, como é frequente o descuido ou o desinteresse, por parte dos futuros cônjuges, em regulamentar as suas relações pecuniárias, todos os Estados se viram forçados, porque esta matéria é por todos considerada de interesse e de ordem pública, a organizar um regime matrimonial legal para, na maioria dos casos, ser aplicado supletivamente quando os cônjuges não tenham celebrado convenção antenupcial.

Este regime legal, não é, como anteriormente se disse, o mesmo em todos os países, visto que cada legislador escolheu o regime que mais consentâneo lhe parecia com a melhor defesa dos interesses dos seus nacionais, podendo mesmo afirmar-se que quase todos os tipos de regimes foram adoptados para regimes legais.

Assim, o regime da comunhão geral foi adoptado — além de por Portugal (Código Civil, art.º 1.108.º) — pelo Brasil (Código Civil, art.º 258.º), pela Holanda (art.º 174.º do Código Civil) e pela Noruega (Lei de 29 de Junho de 1889).

A comunhão de móveis e de adquiridos é o regime legal na Bélgica (art.º 1.393.º do Código Civil), na Dinamarca (Lei de 7 de Abril de 1899), na França (art.ºs 1.393.º e 1.400.º do Código Civil) e na Suécia (Lei de 1 de Julho de 1898).

Na maioria dos Estados da América do Sul, no México (art.º 1.986.º do Código Civil), na Espanha (art.º 1.315.º do Código Civil) teve consagração legal o regime da simples comunhão de adquiridos.

A Alemanha (Código Civil, art.º 1.363.º) adoptou um regime a que foi dado o nome de comunhão de administração (*Verwaltungsgemeinschaft*) e a Suíça um regime idêntico designado «união dos bens» (Código Civil, art.º 178.º).

O regime de separação de bens foi consagrado como regime legal na Grécia, na Roménia, na U. R. S. S. (Código da Família de 1927, art.º 10.º) e na Jugoslávia.

É também o regime de separação de bens o regime do Código Italiano.

Igualmente na Inglaterra, pelos actos de 1870, 1874 e 1882, foi o regime de separação de bens o escolhido pelo legislador; também o Estado de Nova Iorque, secundado por muitos outros Estados da União Americana, adoptou nos *bills* de 1848, 1860 e 1862, idêntico regime legal.

Finalmente, a Áustria (Código Civil, art.º 1.237.º e segs.) segue um sistema misto, espécie de regime de parafernallidade com usufruto marital.

Esta rápida enumeração dos regimes legais seguidos pelos diferentes países, que não pretende ser mais do que uma pequena exemplificação, mostra-nos já a série de dificuldades e complicações com que a doutrina e a jurisprudência lutam para dar uma solução justa a este problema.

Mas, se se acrescentar que nos diversos países onde os regimes legais têm a mesma designação, estes, são, a maior parte das vezes, diferentes na sua regulamentação e aplicação, e, se tivermos presente, ainda todas as excepções, isto é, todos os novos regimes legais, que quase todas as legislações consagram para casos especiais, em Portugal, art.º 51.º e segs. do Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, onde se estabelece ser o regime de separação de bens o regime legal nos casos em que se celebra o casamento com inobservância dos impedimentos impiedentes ou dos impedimentos derimentes relativos; o art.º 400.º do Código Penal onde se impõe o regime dotal, para os casos de estupro ou de violação de mulher virgem; o art.º 18.º do Decreto n.º 30.615, que estipula o regime de separação, para os casamentos canónicos *in extremis* e para os casamentos autorizados pelo Ordinário Próprio; como, por exemplo, no Brasil o Código Civil (art.º 258.º) que adoptou a separação de bens para certos casos de infracção de impedimentos derimentes relativos; como, por exemplo, no Código Alemão (art.º 1.364.º) onde se consagra o regime de separação de bens na hipótese da mulher ser incapaz no momento de casamento, quando não tenha sido legalmente assistida; como, por exemplo, na Suíça onde o Código Civil (art.º 182.º) impõe o regime de separação de bens quando o marido esteja na situação de falência no momento da celebração do casamento, ou quando adquira essa situação durante o matrimónio), pode-

remos, então, fazer uma ideia aproximada da dificuldade enorme que tem a resolução dos conflitos de leis relativos aos efeitos patrimoniais do casamento e do interesse que o estudo deste problema apresenta.

Estes conflitos de leis têm lugar :

- 1.º — Quando os cônjuges não estão sujeitos à mesma lei pessoal por não terem a mesma nacionalidade ;
- 2.º — Quando os cônjuges tendo ou não a mesma nacionalidade, estão domiciliados em país estrangeiro.

Qual será a lei aplicável se os cônjuges não celebraram convenção antenupcial ?

Se celebraram convenção antenupcial qual será a lei que deve regular as condições de validade da convenção ?

O regime matrimonial quer seja legal, quer convencional aplicar-se-á aos bens dos cônjuges situados em país estrangeiro, ou deverá ser aplicada a lei do país da sua situação ?

É sobre este conjunto de problemas, cujo interesse e complexidade tentámos mostrar, que incidirá a nossa atenção e o nosso esforço.

§ 3.º

Breve notícia histórica ; o «famosíssima quaestio»

Antes, porém, de passarmos pròpriamente à análise de cada uma das soluções que pela doutrina têm sido propostas e ao estudo pormenorizado das diferentes questões, que o problema dos conflitos de leis relativos aos efeitos patrimoniais do casamento comporta, julgamos do máximo interesse, para que se possa compreender melhor o espírito das soluções que modernamente têm sido apresentadas, fazer a citação, ainda nesta introdução, do modo de pensar dos autores dos séculos pretéritos e das soluções por eles apresentadas.

Desde o século XVI até aos nossos dias a resolução do problema, que neste trabalho é objecto da nossa atenção, suscitou, e continua ainda a suscitar, as maiores controvérsias, degladiando-se as diversas concepções da doutrina sem conseguirem chegar a um acordo.

Ainda hoje muitos Estados — caso da França — não têm dis-

posições legais que regulem a resolução destes conflitos de leis, e, se é certo, que em alguns países já foram estabelecidas regras de direito que pretendem resolver em definitivo o problema — citemos, por exemplo, a Inglaterra, que segue o sistema da realidade; a Alemanha, a Itália, a Suíça, Portugal, etc., etc., que consagram nos seus Códigos a teoria da personalidade — não é menos verdadeiro que, mesmo nestes países, as soluções legais não se apresentam líquidas para a doutrina.

E, se tivermos presente que qualquer das soluções legais adoptadas têm a sua remota origem nas soluções dos juristas antigos — o sistema da realidade na teoria de d'Argentré; o sistema da personalidade na teoria de Boullenois — nenhuma dúvida nos poderá restar acerca das vantagens que um estudo histórico, ainda que breve, poderá trazer para uma mais perfeita compreensão do problema, tal como ele hoje se apresenta.

Foi em França, no século XVI, que com a maior acuidade surgiu a controvérsia acerca da mais acertada resolução dos conflitos de leis relativos aos efeitos patrimoniais do casamento.

A França não estava nessa época — e assim continuou até ao século XIX — unificada do ponto de vista jurídico. As províncias do Norte, onde a influência germânica mais se fazia sentir, desconheciam o direito escrito, imperando nelas o direito consuetudinário; pelo contrário, nas províncias do Sul, onde a influência do direito romano se mantinha viva, era o direito escrito que imperava. Portanto, consoante as regiões, diferentes eram as soluções para os casos concretos, e, daí, os numerosos conflitos de leis, que a cada passo surgiam.

A França, com os frequentes conflitos de leis interprovíncias, era, assim, um vasto campo de experiências para a resolução dos verdadeiros conflitos de leis de Direito Internacional Privado que, mais tarde, depois da unificação legislativa dos diferentes países, haviam de surgir.

Os conflitos de leis relativos aos regimes matrimoniais são magnífico exemplo do que acaba de ser dito.

Nas províncias setentrionais, onde, como se disse, o direito consuetudinário imperava, o regime matrimonial supletivo era, pelo menos no maior número daquelas, o regime da comunhão de móveis e de adquiridos, conforme a tradição germânica.

Nas províncias meridionais, onde, como também já se disse, o império do direito escrito, de influência romana, se fazia sentir, era o regime dotal o único regime matrimonial aplicável.

Foi, neste estado de coisas que o problema surgiu aos juristas franceses da Escola Estatutária: se não houvesse sido celebrada convenção antenupcial, qual o regime legal aplicável?

Estariam, neste caso, os bens matrimoniais, fosse qual fosse a sua situação geográfica, sujeitos a um único regime legal que se julgasse aplicável?

O problema reconduz-se afinal ao outro problema mais geral, e tão debatido, de saber qual a natureza dos diferentes estatutos, se real, se pessoal.

Estaria o regime matrimonial legal sob o domínio dum estatuto real ou sob o domínio dum estatuto pessoal?

Se se admitisse a primeira solução o regime matrimonial legal só teria aplicação territorial, isto é, só poderia ser aplicado aos bens situados no território onde imperava o costume, que impunha esse regime legal.

Se, pelo contrário, se admitisse a segunda solução, o regime matrimonial legal deveria ser aplicado a todos os bens dos cônjuges, independentemente do local onde estivessem situados.

Não nos interessa, aqui, descer a pormenores da teoria estatutária, tais como, o de saber quando deve, dentro da perfeita técnica da referida teoria, um estatuto ser considerado real ou pessoal. Limitamo-nos a colocar a questão perante o problema que estamos a estudar e a enunciar as duas soluções apresentadas pela doutrina da época.

Vejamos, agora, quais os factos concretos que deram origem às duas soluções antagónicas e à consequente controvérsia que tem, desde então, dividido a doutrina.

Até Dumoulin, e muito embora o problema já fosse conhecido, nenhum autor se preocupara com a sua resolução científica. Na frase sugestiva de Bouhier: «Até Dumoulin os antigos intérpretes tinham-se limitado a balbuciar acerca da questão».

Começaremos, portanto, em Dumoulin a breve investigação histórica dos factos que ao nosso problema interessam.

A Dumoulin, como advogado do Parlamento de Paris, foi, um dia, feita uma consulta por uns cônjuges de Gannay, que, concreta-

mente, queriam saber se a comunhão de móveis e de adquiridos estabelecida pelo costume de Paris para os cônjuges casados sem nada terem estipulado quanto aos seus bens, se estendia, ou não, aos bens situados sob o domínio de uma lei ou costume que organiza um regime matrimonial diferente.

No seu *Consilium LIII* dá Dumoulin a resposta a esta consulta.

Começa este autor por afirmar que os efeitos duma convenção celebrada entre os cônjuges devem estender-se a todos os seus bens, tanto aos móveis como aos imóveis, e independentemente do lugar onde se encontrem.

Se essa convenção é expressa, porque resulta nitidamente da vontade dos cônjuges que a estipularam, não se podem pôr dúvidas acerca da validade e da aplicação extraterritorial dos seus efeitos; estamos perante um estatuto pessoal, fruto da vontade das partes que é, indubitavelmente, um elemento de carácter pessoal.

Deverá ser diversa a solução quando o regime aplicável seja o regime matrimonial legal?

Dumoulin responde negativamente.

Com efeito, o regime legal não é imposto aos cônjuges, visto que só será aplicável quando estes não o queiram afastar por uma convenção expressa; portanto, se os cônjuges não estipularem expressamente o regime matrimonial, isto quer somente dizer ter sido a sua vontade a de aceitar o regime legal, que, por consequência, deve ser entendido, afinal, como um regime convencional tácito produtor de efeitos semelhantes e de natureza idêntica aos do regime convencional expresso.

Estamos, assim, em ambas as hipóteses, e como consequência do elemento vontade, perante um estatuto pessoal, que leva à unidade e à universalidade de aplicação de todos os regimes matrimoniais.

A doutrina de Dumoulin foi vivamente combatida por d'Argentré, outro jurista francês seu contemporâneo e seu adversário, tanto nas concepções jurídicas, como nas concepções políticas.

Para bem se compreender o pensamento de d'Argentré é necessário ter sempre presente as suas concepções políticas.

D'Argentré, natural da Bretanha, era, em política, um defensor acérrimo da autonomia da província onde nascera em relação à França, o que o levava a combater todo e qualquer esforço de centralização do poder real e a enaltecer, consequentemente, as antigas

concepções feudais, que, defendendo os amplos poderes dos senhores nos seus territórios, melhor serviam os seus intuitos de completa independência.

É compreensível, portanto, o seu nacionalismo extremo em Direito Internacional Privado, que o levou a considerar os estatutos, na sua generalidade, como reais, e consequentemente, de estrita aplicação territorial, exceptuando a esta regra somente os estatutos *pura personaliter*, que, referindo-se exclusivamente às pessoas, podiam ser aplicados extraterritorialmente, já que os estatutos por ele denominados mistos, porque se referiam simultaneamente às pessoas e às coisas, mais não eram, na sua concepção, do que verdadeiros estatutos reais, embora concebidos de maneira especial, mas sempre de exclusiva aplicação territorial.

E, assim, facilmente se compreende como d'Argentré chegou à tese da realidade no que se refere à aplicação e à validade dos regimes matrimoniais.

Admite, como Dumoulin, que o regime matrimonial convencional, porque produto da vontade dos cônjuges, seja um estatuto pessoal, e, portanto, de aplicação extraterritorial, mesmo em relação aos bens imóveis, o que, aliás, é, segundo nos parece, uma contradição do seu pensamento, pois d'Argentré deveria, para se manter coerente com a sua doutrina, considerá-lo como um estatuto misto e, por consequência, de aplicação territorial.

No que se refere, ao regime matrimonial legal, recusa-se, porém, d'Argentré, terminantemente, a admitir que a sua aplicação seja consequência da vontade tácita dos cônjuges; para ele o regime matrimonial legal é apenas uma consequência directa do costume (da lei), pois, o facto de os cônjuges nada terem estabelecido a respeito dos seus interesses pecuniários, só pode demonstrar, não a sua vontade implícita de adoptar o regime, mas sim a sua imprevidência e ausência de vontade.

Portanto, sendo, indubitavelmente, de natureza real o costume que aos bens se refere, seria absurdo admitir um regime matrimonial, estabelecido por esse costume para suprir a ausência da vontade dos cônjuges, que pudesse ser aplicável aos bens situados fora do território onde este impera.

O regime matrimonial legal é assim, de âmbito territorial e essencialmente variável, visto que está dependente da lei da situação dos

bens, que pode diferir de lugar para lugar : é, em suma, um estatuto real. Na frase de d'Argentré : *Legales actiones non amplius virium habent, quam quantum a lege accipiunt, lex non amplius quam a legislatore, legislator non plus quam quantum territorii habet.*

Ficou esboçada, com esta resumida enunciação das soluções antagónicas de Dumoulin e d'Argentré, a origem da controvérsia, continuada por outros juristas, em séculos posteriores, e que foi, mais tarde, conhecida pelo nome de *famosissima quaestio*.

Queremos, ainda, e para terminar esta breve notícia histórica, referirmo-nos a outros autores continuadores e aperfeiçoadores das concepções de Dumoulin e d'Argentré, para que se possa ver, com toda a nitidez, a grande importância que a *famosissima quaestio* alcançou e a influência que teve nas soluções dos juristas modernos.

Não citaremos todos os discípulos de Dumoulin e de d'Argentré, pois, tal citação, se a fizéssemos, estaria, manifestamente, fora dos objectivos deste estudo que não tem índole histórica. Limitar-nos-emos, apenas, a indicar os nomes de alguns autores que mais contribuíram para o desenvolvimento e aperfeiçoamento científico da resolução dos conflitos de leis relativos aos regimes matrimoniais.

O pensamento de Dumoulin, defendendo a unidade e a universalidade da aplicação dos regimes matrimoniais, coadunava-se perfeitamente com as tendências de centralização política e legislativa por que a França vinha tão tenazmente combatendo. Não é, assim, de admirar que fosse neste país que a sua doutrina mais se tivesse expandido e enraizado. Basta citar, entre tantos outros, os nomes de alguns juristas, franceses, tais como Coquille, Baquet, Renusson, Ricard, Duplessis, Lebrun, Bouhier, Pothier, que em diferentes épocas apoiaram, mais ou menos, incondicionalmente, o seu mestre.

Não nos preocuparemos, porém, com o pensamento destes autores que, deslumbrados em demasia com o saber do mestre, pouco ou nada contribuíram para a evolução e modernização da concepção de Dumoulin. A nossa atenção incidirá exclusivamente em João Voët e em Boullenois.

O primeiro destes autores, João Voët, de nacionalidade holandesa e professor nas universidades de Utrecht e de Leida, onde e com tanto ardor as concepções de d'Argentré eram defendidas e divulgadas, é, como que, por ironia do destino, um dos maiores e mais

brilhantes defensores e aperfeiçoadores das concepções de Dumoulin quanto aos regimes matrimoniais.

João Voët, discípulo de d'Argentré, e seu partidário na resolução da maioria dos problemas jurídicos, abandonou, contudo, em numerosas questões, a teoria da realidade, tão ardentemente defendida pelo seu mestre. Entre estas questões está a que se refere aos regimes matrimoniais.

Admitindo como boa a concepção de Dumoulin acerca da convenção tácita dos cônjuges, João Voët, dá um decidido passo em frente, ao proclamar que a natureza e os efeitos do regime matrimonial legal estavam unicamente dependentes da autonomia da vontade dos cônjuges, não interessando considerar a questão de saber se era um estatuto real ou um estatuto pessoal.

O regime matrimonial legal aplicável, que até então fora sempre o do primeiro domicílio matrimonial dos cônjuges (2), passaria, agora a ser determinado através da análise da vontade presumivelmente aceita por estes, que se deixava ao prudente arbítrio dos tribunais.

Estavam lançadas as bases da doutrina electivista que, mais tarde, havemos de analisar em pormenor.

Resta-nos para terminar esta notícia histórica do pensamento dos discípulos de Dumoulin, referirmo-nos a Boullenois.

Boullenois, autor francês do século XVIII, considerado como discípulo de Dumoulin, não perfilhou inteiramente as doutrinas do seu mestre, dando-lhes uma interpretação própria, já aflorada por Lebrun, que o levou à criação duma nova solução do nosso problema, hodiernamente conhecida por «solução personalista» ou «teoria personalista».

Boullenois defende, pela primeira vez, a ideia de que tanto os efeitos pessoais como os efeitos patrimoniais do casamento, sendo ambos, afinal, conseqüências deste, devem ser regulados, em Direito Internacional Privado, pela mesma lei — a lei do domicílio matrimonial — que, mais não é, em última análise, do que a lei definidora do «estado dos cônjuges», entendido este no seu verdadeiro sentido.

(2) Tanto para Dumoulin, como para d'Argentré, o regime matrimonial legal era sempre o que fosse estatuído pela lei do lugar onde os cônjuges houvessem estabelecido o seu primeiro domicílio matrimonial.

E, assim, sem ter de recorrer à ideia de convenção tácita, que considera errada, consegue Boullenois, integrando os regimes matrimoniais na categoria dos estatutos pessoais, atingir o mesmo fim que Dumoulin procurava: a aplicação extraterritorial dos regimes matrimoniais.

A teoria personalista veio a ter mais tarde, como adiante se verá, quer na forma que preconiza a aplicação da lei do domicílio como lei pessoal dos cônjuges, quer na forma que defende a aplicação da sua lei nacional, uma importância muito grande nas modernas concepções da doutrina. Parece-nos, por isso, da máxima vantagem indicar aqui, com mais precisão, o pensamento de Boullenois, transcrevendo, para tal fim, um texto deste autor, onde ele bem claramente sintetiza o seu pensamento.

«Neste sistema», escreve ele, «não necessito da convenção expressa, nem da convenção presumida. Recebo da lei o meu estado e a minha posição de comum, e esse estado vai comigo para toda a parte e influi, sobretudo, como sendo um estado pessoal.

Creio, em respeito pelos nossos costumes, que este sistema de comunhão só provém da lei, e que se não houvesse lei não haveria comunhão. Mas, esta lei, quando existe, forma o estado dos cônjuges, e esse estado afecta as pessoas de direito, e sem necessidade de convenção expressa ou tácita. Assim, na minha opinião, a verdadeira natureza do estatuto da comunhão é ser um estatuto pessoal, porquanto forma o estado e a condição das pessoas dos cônjuges... (3)»

O pensamento realista e nacionalista de d'Argentré teve, tal como o de Dumoulin, numerosos defensores e continuadores, não só no próprio século XVI, mas também nos séculos seguintes.

Não podendo expandir-se para a França, onde como se disse, o ambiente político não era propício à difusão e aceitação das doutrinas de d'Argentré, espalharam-se estas, sobretudo, para a Flandres, Países Baixos, Grã-Bretanha e mais tarde para os Estados Unidos.

Foram autores destes países os continuadores da teoria da realidade. Poderíamos citar o pensamento de muitos deles — Paulo Voët, Ulrick Hüber, Stockmans, Lauterback, Hertius, etc. — não o faremos, porém; na realidade, o seu contributo para o aperfeiçoa-

(3) Boullenois, *Traité de la réalité et de la personnalité des lois, coutumes ou statuts*, I, 1, págs. 732 e seguintes.

mento da doutrina de d'Argentré, quando encarada do ponto de vista que nos interessa aqui focar foi o de diminuta importância.

Interessava, sim, fazer o estudo da evolução do sistema da realidade nos países anglo-saxões, desde a sua introdução na Inglaterra até aos tempos actuais. Não o faremos também, pois, não só o interesse desse estudo levaria longe de mais esta introdução histórica que queríamos fosse breve e já se alongou em demasia, como também, e, principalmente, porque, ao expor, no Capítulo I deste trabalho, a teoria da realidade, tal como ela hoje é entendida, teremos, forçosamente, de lhe fazer, então, algumas referências (4).

Damos, portanto, como terminada esta notícia histórica com a qual, nesta introdução, apenas se pretendeu colocar melhor o problema dos conflitos de leis relativos aos efeitos patrimoniais do casamento, que em breve passaremos a examinar.

CAPÍTULO I

LEI APLICÁVEL QUANDO NÃO HAJA SIDO CELEBRADA CONVENÇÃO ANTENUPCIAL

- § 1.º — *O Sistema Electivista ; suas modalidades ; crítica.*
- § 2.º — *O Sistema da Realidade ; crítica.*
- § 3.º — *O Sistema Personalista ; A) a modalidade da lei nacional ; B) a solução intermediária do Código Bustamante ; C) a modalidade da lei do domicílio ; crítica.*
- § 4.º — *Outras soluções ; crítica.*
- § 5.º — *Razões de preferência do sistema personalista ; solução defendida.*

Neste primeiro capítulo do nosso trabalho, propomo-nos expor e criticar cada uma das correntes doutrinárias modernas que têm pro-

(4) Sobre os assuntos versados consultaram-se principalmente : Arminjon, *Precis de Droit International Privé*, tomo III, págs. 87 a 89 ; Audinet, *Des conflits de lois relatifs aux effets patrimoniaux du mariage* — em *Recueil des Cours*, 1932, II, págs. 241 a 255 ; Henri Bateman, *O Regime Matrimonial em Direito Internacional Privado* — Introdução ; Marcel Caleb, *Communauté Conjugale et Contrat de Mariage* — *Répertoire de Droit International* ; Pothier, *Ouvrages de Pothier — Traité de la Communauté* ; e ainda Prof. Paulo Cunha, *ob. cit.*, e Boullenois, *ob. e loc. cit.*.

curado dar solução ao problema de saber qual deve ser o regime legal a que as relações pecuniárias dos cônjuges devem submeter-se. Analisaremos sucessivamente as diferentes soluções apresentadas, indicando, por fim, qual a solução que desejaríamos ver aplicada.

§ 1.º

O sistema electivista ; suas modalidades ; crítica

Este sistema que, como já foi dito na Introdução, teve a sua remota origem em Dumoulin, é ainda hoje seguido por numerosos juristas, sobretudo franceses, e, é também ainda o grande inspirador das decisões dos tribunais da França quando estas resolvem conflitos de leis relativos aos efeitos patrimoniais do casamento.

Já nos referimos à evolução que a doutrina de Dumoulin sofreu nos séculos posteriores ao XVI com as concepções de João Voët e Boullenois, tendo este último autor, como se disse, dado origem a uma nova corrente hoje perfeitamente autonomizada : o sistema personalista. Portanto, uma vez exposta a evolução da doutrina electivista, limitar-nos-emos agora a examinar as diversas modalidades que actualmente apresenta.

Com efeito, os autores que defendem o sistema da autonomia da vontade, embora sejam unânimes na aceitação da noção de convenção tácita, por Dumoulin descoberta, representam hoje duas correntes nitidamente diferenciadas quanto à maneira de entender as consequências que dessa noção emergem.

A primeira dessas correntes, que bem poderíamos denominar de clássica, mantém-se fiel ao pensamento de Dumoulin, a segunda, baseia-se no pensamento progressivo de João Voët.

A) Os autores que se incluem na primeira modalidade da doutrina electivista, embora admitam a autonomia da vontade e o valor e significado da convenção tácita, criam presunções destinadas a orientar os juizes na interpretação da vontade dos cônjuges, não podendo, segundo pensam, estas presunções ser ilididas senão nos casos em que as circunstâncias de facto mostrem, indubitavelmente, ter sido a vontade dos cônjuges diversa da que se presumia.

Estes autores consoante defendem uma ou outra presunção subdividem-se ainda em dois grupos :

- a) Os que defendem a presunção da lei do domicílio matrimonial;
- b) Os que defendem a presunção da lei nacional do marido.

a) Entre os primeiros destacaremos os nomes de Wächter, de Savigny, de Rodière e Pont, de Aubri e Rau e de Guillonard.

Partindo do princípio de que os cônjuges, quando nada estabeleceram a respeito dos seus bens, quiseram tácitamente submeter-se ao regime matrimonial que a lei lhes oferecia, estes autores aconselham, ao juiz e ao intérprete em geral, a indagação imediata do domicílio matrimonial do cônjuges, isto é, do primeiro local onde os cônjuges estabeleceram a sede da sua vida conjugal, pois, segundo pensam, deve presumir-se, antes de mais, terem eles querido, tácitamente, submeter as suas relações pecuniárias à lei do lugar para onde foram viver e onde têm a maioria das suas relações jurídicas e sociais. Só quando esta presunção falhar será legítimo ao juiz servir-se de outros elementos para indagar da vontade dos cônjuges.

Aubri e Rau no seu *Manual* são bastante explícitos ao exporem a sua maneira de pensar quanto ao nosso problema : «É o lugar onde os futuros cônjuges se propõem fixar a sede da sua associação que convém, antes de mais, tomar em consideração para determinar a comum intenção das partes quanto ao regime a que pretendem submeter-se, e, só quando não existam circunstâncias que indiquem o contrário, é que deve presumir-se que quiseram estabelecer o seu domicílio matrimonial no lugar do domicílio do marido (5)».

Também o Instituto de Direito Internacional Privado se pronunciou a favor desta orientação na resolução votada na sessão de Lauzana em 1888, onde se diz : «na falta duma convenção antenupcial, a lei do domicílio matrimonial, isto é, da primeira fixação duradoira dos cônjuges, rege os seus direitos patrimoniais, se não concorrerem circunstâncias ou factos que mostrem intenção contrária das partes».

Portanto, estes autores, partidários incondicionais da autonomia da vontade dos cônjuges, acabam por submeter essa vontade que

(5) Aubri e Rau, *Cours de Droit Civil Français*, tomo V, § 504 bis.

dizem livre, à regra do domicílio matrimonial. Isto é, estes autores não levando às últimas consequências o princípio que defendem, vão, afinal, submeter a vontade dos cônjuges à vontade do juiz, pois, embora a presunção por eles aconselhada não seja uma presunção legal, os juizes, se aplicassem o critério proposto, tinham sempre a tendência de considerar a lei do domicílio como sendo a lei a que os cônjuges quiseram submeter-se, e, só muito raramente, atenderiam às circunstâncias de facto susceptíveis de conduzirem a uma decisão diferente.

Em suma, estes autores, pretendendo aplicar o princípio da autonomia da vontade, acabam, absurdamente, por negá-lo com a aplicação do critério que defendem.

b) No segundo grupo de autores, os que defendem a presunção da lei nacional do marido, destacaremos os nomes de Laurent, de Weiss, de Despagnet e de Lainé.

Partem também estes autores do princípio da vontade tácita dos cônjuges, mas, diversamente dos que indicámos precedentemente, aconselham a aplicação da lei nacional do marido por ser esta lei, segundo dizem, aquela a que presumivelmente os cônjuges quiseram submeter-se e por ser ainda a lei que, na maioria dos casos, melhor defende os interesses dos cônjuges, já que a mulher as mais das vezes adquire pelo casamento a nacionalidade do marido.

Só quando pela análise das circunstâncias de facto, for manifesta a intenção dos cônjuges quererem submeter-se a outra lei que não à lei nacional do marido, só então, deve ser posta de parte a presunção que preconiza a aplicação desta lei.

Vamos transcrever um texto do livro *Precis de Droit International Privé* de Despagnet onde a orientação que indicamos vem claramente exposta: «Aqui, como nos contratos ordinários, a presunção mais natural é a de que os cônjuges tenham querido referir-se à sua lei nacional quando tenham ambos a mesma nacionalidade: esta lei é, geralmente, a que conhecem melhor; é também a lei que rege o casamento e os seus efeitos do ponto de vista do estatuto pessoal; é, portanto, lógico, que os cônjuges não tenham querido separar, no ponto de vista da lei aplicável, o seu património das suas pessoas.

Se os cônjuges têm nacionalidade diferente, já não se pode, como nos contratos ordinários, recorrer a *lex loci contractus*: as circunstân-

cias, muitas vezes fortuitas, que levam à redacção da convenção num país e não noutra, não poderiam ter, logicamente, a mínima influência para determinar a intenção das partes quanto ao regime matrimonial que elles quizeram adoptar. Parece, pelo contrário, mais provável que os cônjuges, em caso semelhante, tenham aceite a applicação da lei nacional do marido: esta lei torna-se a lei da mulher; ella regula o casamento e os seus efeitos, e a sua extensão às relações pecuniárias dos cônjuges, é, muito naturalmente, comandada pela conexão dos seus interesses morais e pecuniários, para que não tenham pensado em fazê-la elles próprios».

Mais adiante, e para fazer ressaltar as vantagens da orientação preconizada, escreve Despagnet:

«Independentemente das razões que a justificam do ponto de vista da interpretação da vontade das partes, a applicação da lei nacional do marido teria a vantagem de evitar dificuldades na procura de saber qual é o domicilio matrimonial e de qual foi a intenção deles relativamente ao estabelecimento neste ou naquella lugar após o casamento (6).»

Vemos assim que estes autores que defendem a presunção da lei nacional do marido, à semelhança dos autores que defendem a presunção da lei do domicilio matrimonial, muito embora admitam como pressupostos inatacáveis o principio da autonomia da vontade e a ideia da convenção tácita, não consentem, afinal, que estes se desenvolvam completamente de modo a tirar deles todas as suas consequências.

Sem querermos discutir qual destas orientações é preferível, indicaremos somente, tal como fizemos anteriormente em relação à orientação que preconiza a presunção da lei do domicilio matrimonial, algumas razões que nos fazem supor que a orientação que preconiza a presunção da lei nacional do marido não se harmoniza com a ideia da autonomia da vontade.

Efectivamente, admitir como verdadeiro o principio da autonomia da vontade e, consequentemente, a ideia da convenção tácita, e acabar por subordiná-los à presença — certa ou errada, não interessa — da lei nacional do marido é, pelo menos, uma incoerência.

(6) Despagnet, *Precis de Droit International Privé*, págs. 944 e seguintes.

Assim, na prática que teríamos ?

A vontade dos cônjuges, que se diz autónoma e livre, sujeita, afinal, à vontade dos doutrinários, e, portanto, dos juizes que applicassem as suas teorias.

Tomar em atenção as circunstâncias de facto, que podem dar a conhecer a vontade dos cônjuges, depois de ver se cabe ou não a presunção da lei nacional do marido, não é mais do que estabelecer como regra rígida e quase inalterável — a presunção — para só muito raramente se fazer uso da excepção. É, segundo nos parece, admitir o princípio da autonomia da vontade, talvez por não se acreditar inteiramente na sua veracidade, sòmente para o atrofiar e acabar, na prática, por negá-lo.

B) Compreendendo a pouca lógica e os absurdos a que conduzem as orientações anteriores, um novo grupo de doutrinários partidários do sistema electivista — dentre os quais destacaremos Surville e Valery — defende uma solução que, pondo de parte a ideia das presunções-regras, se integra completamente no princípio da autonomia da vontade dos cônjuges.

A solução que estes autores apresentam — última palavra da concepção electivista — tem a sua remota origem, conforme nos elucidou o próprio Surville, no pensamento de João Voët.

Aceitando integralmente a autonomia da vontade dos cônjuges, e, portanto, aceitando também a ideia da convenção tácita, entendem estes escritores que se devem admitir, sob pena de negar o que se aceitou, todas as consequências lógicas que dessa aceitação resultam. Se se criarem *a priori* presunções, não se está a aquilatar da vontade dos cônjuges, mas, tão-sòmente a contrariar, na maior parte dos casos, essa mesma vontade.

Para cumprir os ditames da doutrina electivista o juiz nada mais deve fazer do que investigar, em cada caso concreto, as circunstâncias de facto susceptíveis de revelar qual tenha sido, na realidade, o regime legal que os cônjuges escolheram para regular as suas relações patrimoniais. Será muitas vezes aconselhável ao juiz atender, por serem elementos bastante valiosos para a descoberta da vontade dos cônjuges à nacionalidade do marido ou ao domicílio matrimonial, mas tendo sempre presente que não é legítimo arvorar estes elementos em presunções, e que só a eles deve recorrer quando não existam

quaisquer circunstâncias de facto capazes de o levar a uma decisão diferente.

O raciocínio destes autores, como se vê, desenvolve-se no sentido inverso do dos que anteriormente indicámos. Enquanto os partidários das presunções da lei do domicílio matrimonial ou da lei nacional do marido só admitem a análise das circunstâncias de facto depois de se verificar a não realização da presunção, pelo contrário, os doutrinários, cujo pensamento agora analisamos, preconizam que, em primeiro lugar, se tomem em consideração as circunstâncias de facto, e, só depois, se estas não forem suficientes ou se estas claramente o aconselharem, se faça uso dos princípios que os outros elevam a presunções.

Surville, o mais representativo destes escritores, expõe com toda a nitidez a solução que enunciamos.

«Não há que procurar um critério», escreve ele, «onde tudo se reduz a uma simples questão de facto e de apreciação. Sem dúvida que o domicílio matrimonial, a nacionalidade dos cônjuges, poderão ser por vezes, mesmo muitas vezes, elementos sérios a tomar em consideração pelo juiz na sua decisão; mas não são mais do que razões para decidir, que é necessário não elevar a presunções e que não devem ser consideradas suficientes, por isso mesmo, para impor uma solução em determinado sentido (7)».

A jurisprudência francesa, fiel ao princípio da autonomia da vontade, e com grande noção de justiça, tem tradicionalmente julgado de harmonia com a solução proposta por estes autores.

Não tem interesse, neste trabalho, a citação das numerosas decisões dos tribunais francesas, que poderíamos fazer e que abonariam a nossa afirmação; limitar-nos-emos a indicar, como exemplo, uma sentença do tribunal de Montpellier, de 25 de Abril de 1904, onde se diz: «o juiz não deve atender só a este ou àquele elemento de causa; deve consultar todas as circunstâncias destinadas a esclarecer acerca da vontade dos cônjuges».

Antes de iniciarmos a crítica, que a seguir faremos, ao sistema

(7) Surville, *Droit International Privé*, págs. 464 e segs.; no mesmo sentido Valery, *Manuel de Droit International*, págs. 1129 e seguintes.

electivista, não queremos passar adiante sem dizer alguma coisa acerca da última corrente a que nos temos vindo a referir.

Das ligeiras apreciações já feitas às soluções propostas pelos dois primeiros grupos de autores que defendem a autonomia da vontade, infere-se que, para nós, o pensamento de Surville é o que melhor se coaduna com os princípios que estão na base da doutrina electivista.

Sem discutir, por agora, se esses princípios são ou não válidos, temos de reconhecer que, se se admitirem como verdadeiras a autonomia da vontade e a convenção tácita, só se pode ser coerente se se admitirem também todas as consequências que delas possam resultar.

Fixando presunções, mesmo *juris tantum*, e subordinando toda a investigação dos elementos de facto a essas presunções, está a impedir-se, sem dúvida, a completa realização do princípio da autonomia da vontade. Dentro do sistema electivista a única posição aceitável é a de Surville e dos seus sequazes. Aceitando-se o princípio da autonomia da vontade só se pode ser coerente com ele se não o subordinarmos a quaisquer peias, e admitindo, portanto, que na investigação dos factos que possam levar à descoberta do querer da vontade dos cônjuges, se tomem em consideração, por forma igual, todos os elementos ao alcance do juiz, sem os submeter de antemão a presunções que, muito embora sejam o *id quod plerunque accidit*, estão em contradição com os fundamentos do princípio da autonomia da vontade.

Mas, será verdadeira a doutrina electivista, mesmo quando encaçada do ponto de vista de Surville? Quer-nos parecer que não.

Julgamos conveniente, para melhor analisar o sistema electivista, ver em separado os dois aspectos fundamentais em que se subdivide: a noção de convenção tácita e o princípio da autonomia da vontade.

Qual destes «aspectos» examinar primeiro?

Dentro da melhor lógica, e até porque o princípio da autonomia da vontade é necessariamente anterior à noção de convenção tácita, não temos dúvida em reconhecer que deveríamos analisar primeiro aquele e só depois esta. Não o faremos, porém. Julgamos ser caminho mais adequado à condução da crítica que pretendemos desenvolver, seguir precisamente o caminho inverso, pois, se tomássemos posição em primeiro lugar quanto ao princípio da autonomia da vontade, tudo o que disséssemos depois em relação à noção de convenção

tácita, teria de ser fatalmente harmonizado com a posição já anteriormente tomada, e não teriam então cabimento algumas considerações que acerca da noção de convenção tácita pretendemos fazer e que podem ser feitas, independentemente do que pensarmos em relação ao princípio da autonomia da vontade.

Portanto, vamos orientar a nossa crítica ao sistema electivista examinando, primeiro, a noção de convenção tácita e só depois o princípio da autonomia da vontade.

A noção de convenção tácita — Será juridicamente certa a noção de convenção tácita? Julgamos que não.

As considerações que agora nos propomos desenvolver, não se referem exclusivamente às convenções antenupciais, mas a todos os contratos, quer em geral, quer em especial, porque não sendo a convenção antenupcial mais do que um *contrato* pelo qual os esposados estabelecem o regime matrimonial que ficará vigorando depois do seu casamento, está necessariamente subordinada às normas reguladoras dos contratos.

Vamos aqui reportarmo-nos exclusivamente às regras estabelecidas pelo Código Civil Português, não só por serem, neste campo, fundamentalmente idênticas às da maioria dos Códigos e outras legislações estrangeiras, mas também por serem aquelas que mais de perto conhecemos e melhor podemos analisar.

Quer se aceite ou não a noção de contrato dada pelo art.º 641.º do Código Civil — questão que não nos compete examinar — um elemento aparece sempre em todas as definições que a legislação e a doutrina têm proposto: o mútuo consenso.

Na verdade, o mútuo consenso é, como diz o Prof. Galvão Teles (8), um elemento do próprio contrato, mais importante e anterior aos outros elementos pelo Código indicados (art.º 643.º): a capacidade dos contraentes e o objecto possível, que, no dizer do referido Professor, devem ser encarados não como elementos, mas antes como requisitos de validade do contrato.

Mas que é o mútuo consenso? É o acordo formado pela unidade resultante das concordes manifestações de vontade das partes. É uma

(8) Prof. Galvão Teles, *Dos Contratos em Geral*, pág. 54.

realidade complexa que o cientista pode analiticamente dissecar, mas que na vida se apresenta homogénea e unitária, como um bloco (9).

Portanto, estudar o mútuo consenso consiste afinal em analisar cada uma das manifestações de vontade que o compõem.

O Código Civil refere-se a estas manifestações de vontade que compõem o mútuo consenso no Cap. III, do Tit. I, Parte II. Interessa-nos agora os art.ºs 647.º e 648.º que dizem respectivamente «O consentimento dos estipulantes deve ser claramente manifestado» e «A manifestação do consentimento deve ser feita de palavra, por escrito ou por factos donde ele, necessariamente se deduza».

Abandonando o art.º 647.º, e concentrando a nossa atenção, no art.º 648.º, verifica-se, imediatamente, que a lei ao dizer «por factos donde ele necessariamente se deduza» está inequivocamente a admitir o silêncio (manifestação tácita) como um dos modos possíveis de manifestação de vontade.

Mas, sendo assim, reconhecendo-se como admitida na lei a manifestação tácita da vontade, pode parecer que a nossa crítica não tem razão de ser e que tem de se admitir como boa a noção de convenção tácita.

Não é, porém, assim. Efectivamente, o problema não fica resolvido com a simples leitura do preceito (art.º 648.º), há que ir mais longe e analisar qual o verdadeiro valor do silêncio como modo de declaração da vontade. Terá o silêncio sempre o valor de manifestação de vontade? Todos os doutrinários são concordes em dizer que não. Escreve, por exemplo, o Prof. Galvão Teles (10): «...o silêncio em princípio não significa consentimento, mas tem nalgumas circunstâncias esse valor. Quem cala não manifesta qualquer vontade; porém, se havia obrigação de falar e, podendo-se, não se falou, essa atitude deve entender-se como aceitação *Qui tacet, cum loqui potest et debet, consentire videtur*»

«A dificuldade está em saber quando há obrigação (melhor, o ónus de falar)»

(9) Prof. Galvão Teles, *ob. cit.*, pág. 54.

(10) Prof. Galvão Teles, *ob. cit.*, págs. 99 e 100.

«Só em dois (casos), a meu ver : quando a lei assim o imponha, ou o determine um precedente acordo das partes.»

Vê-se, assim, através da transcrição que fizemos, como em poucos casos a manifestação tácita tem o valor de manifestação de vontade.

E, se examinarmos agora o problema visto apenas no que concerne às convenções antenupciais, poderão ser estas incluídas nos casos apontados pelo Prof. Galvão Teles? Entendemos que não.

Na verdade, a lei não impõe aos esposados o ónus de manifestar expressamente a sua vontade no que diz respeito ao regime matrimonial dos seus bens, sob pena de, se o não fizerem, interpretar o seu silêncio como sendo a vontade de submeterem as suas relações pecuniárias ao regime da comunhão geral. Não, a lei não impõe a obrigação de manifestar expressamente a vontade. A lei limita-se a indicar o regime matrimonial que julga preferível e a *conceder* a possibilidade de se estipularem outros.

Portanto, sendo assim, o silêncio das partes não pode ser entendido como uma manifestação tácita da vontade, mas sim como a total ausência da vontade.

Pode acontecer, na prática, que as partes nada estipulem acerca dos seus bens por quererem submetê-los ao regime legal; é mesmo natural que algumas vezes assim aconteça. Mas, se assim acontece por vezes, não nos parece, contudo, ser lícito ao jurista arvorar em princípio o que é mera coincidência. Juridicamente, neste caso, porque nada impõe o contrário tanto no espírito como na letra da lei, o silêncio, rigorosamente, só pode ser interpretado como total ausência de vontade.

A segunda hipótese citada pelo Prof. Galvão Teles — o precedente acordo das partes — não tem, manifestamente, cabimento em relação à convenção antenupcial.

Efectivamente o precedente acordo das partes, em se imporem o ónus de celebrar uma convenção antenupcial sob pena de interpretarem o seu silêncio como sendo a vontade de adoptarem o regime da comunhão geral, não está sequer previsto na lei, e, seria mesmo uma ideia disparatada, pois através dela ir-se-ia seguir um caminho absurdamente complicado para se chegar ao resultado que a lei desde logo indica como sendo o seu preferido.

Mas, além do que já se disse, há para nós uma razão decisiva para repelirmos a ideia da convenção tácita. É que na verdade, o silêncio

para ter valor de manifestação tácita da vontade tem de, necessariamente, ser unilateral.

Seria absurdo conceber um contrato em que as duas ou mais partes se mantivessem silenciosas. Na expressão sugestiva de Carbonnier: «Rigorosamente pode conceber-se que: oferta expressa + silêncio = contrato; mas o bom-senso diz-nos, claramente, que silêncio + silêncio = zero» (11).

E, se a todas estas razões juntarmos a observação diária da realidade que nos mostra que, na grande maioria dos casos, os cônjuges se casaram ignorando absolutamente o que é regime matrimonial, parece-nos lícito afirmar termos demonstrado o errado da noção de convenção tácita e concluir com Dereux: «Estranha vontade essa que se desconhece a si própria, e à qual são necessárias longas explicações dos homens de leis para que, em certas circunstâncias, tome, vagamente, consciência de si mesma, e que então ao ver o que pretende, fica profundamente admirada. Ao lado duma ínfima quantidade de vontade real devem os juizes supor uma enorme quantidade de vontade realmente inexistente (12)».

O princípio da autonomia da vontade — Mas, que pensar do princípio da autonomia da vontade? Será ele verdadeiro? Terá a amplitude que os autores electivistas lhe querem atribuir?

É evidente que, num estudo como o nosso, não tem cabimento uma cuidada e exaustiva análise do princípio da autonomia da vontade, que, só por si, daria lugar a um longo trabalho. Portanto, não pretendemos estudar aqui, em pormenor, o problema da actuação da vontade nem em Direito interno, nem tão-pouco em Direito Internacional Privado. Pretendemos, somente, expressar a nossa opinião, para que se possa ver, onde e porque, discordamos do pensamento electivista. Nada mais.

A doutrina electivista, como vimos, não pondo em dúvida, por um momento sequer, o princípio da autonomia da vontade, deixa-se deslumbrar por ele a ponto de o considerar onnipotente.

Aliás esta atitude dos autores electivistas não é mais do que a transplantação para o Direito Internacional Privado da corrente

(11) Carbonnier, *Regime Matrimonial*, pág. 521.

(12) Dereux, *De l'interpretation des actes juridiques privés*, pág. 277.

doutrinária, tão conhecida em Direito Civil, que considera a vontade um valor supra-legal, um valor primário com possibilidade de produzir efeitos jurídicos, independentemente das contingências de a lei lhe dar esse poder de produção.

Para se verificar que, na verdade, o pensamento dos escritores electivistas se limita a aplicar em Direito Internacional Privado a doutrina civilista da onnipotência da autonomia da vontade, basta transcrever este elucidativo trecho de Troplong: «Não se vê, escreve este autor, que a vontade é inseparável do regime legal? Sobre que base se fixou a lei para fazer da comunhão o regime legal das partes casadas sem convenção? Por um lado sobre o uso mais geral e, por outro lado, sobre o sentimento que se presume predominar no coração dos que contratam por toda a vida. É, portanto, a vontade que explica e legitima a lei; é também a vontade que autoriza a sua execução (13)».

Não concordamos com esta maneira de encarar o princípio da autonomia da vontade, o que não quer dizer, porém, que o neguemos. Para nós é indiscutível a veracidade e a necessidade da adopção em Direito do princípio da autonomia da vontade, simplesmente não o concebemos como a doutrina electivista o concebe, nem lhe damos tão-pouco a amplitude que essa doutrina lhe dá.

Vamos indicar a nossa maneira de encarar o problema, dividindo a nossa análise em duas partes: a amplitude do princípio da autonomia da vontade em Direito interno e a amplitude do mesmo princípio em Direito Internacional Privado.

Em Direito interno — Os Códigos modernos, na sua grande maioria, inspirados nas doutrinas individualistas, consagraram o princípio da autonomia da vontade de maneira muito ampla. Partindo da ideia de que nos agregados sociais a principal realidade existente é o indivíduo, e de que é a própria pessoa quem melhor conhece e defende os seus interesses, entenderam que o contrato, para que bem pudesse cumprir os seus fins, devia ser, na medida do possível, o acordo resultante do livre debate e da livre estipulação das partes interessadas.

(13) Troplong, *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, tomo I, n.º 21 e segs., 300 e seguintes.

Embora hoje estas ideias já estejam ultrapassadas, parece-nos, contudo, que, mesmo na época em que a maioria dos Códigos foram elaborados e publicados, nunca se quis dar ao princípio da autonomia da vontade a importância e o valor que lhe atribuiu a doutrina electivista.

Pensamos, com efeito, que os diferentes legisladores jamais pretenderam divinizar o princípio da autonomia da vontade.

Quiseram consagrá-lo como sendo uma realidade muito importante a que era necessário atender, mas não como uma realidade primária que se sobrepunha à lei.

Em muitíssimas disposições se descobre, sem esforço, que os legisladores quiseram, unicamente, que a vontade privada actuasse dentro dos quadros, dentro dos limites da lei, produzindo os efeitos jurídicos que essa mesma lei tutela.

Como se vê as posições são bem diversas. Não há que sobrepor a vontade à lei, há sim que admitir aquela como tolerada por esta.

Mas, se as coisas já se passavam assim nos tempos áureos das doutrinas individualistas, hoje com a tendência cada vez maior para o social, para a consagração do intervencionismo do Estado, mais e mais se tem vindo a esbater, em Direito interno, a importância do princípio da autonomia da vontade.

Como escreve Josserand (14): «visivelmente o contrato escapa cada vez mais à acção comum e concertada das partes; deixa de ser uma «entente» realizada sob a égide da liberdade, pelo jogo de vontades iguais e autónomas, para se tornar uma operação dirigida, quer pelos Poderes Públicos, representados aqui pelo legislador e pelo juiz, quer por um só dos contraentes que impõe a sua fórmula e as suas condições ao outro; por um lado, intromissão cada vez maior dos Poderes Públicos na vida dos contratos, por outro lado e muitas vezes, preparação unilateral destas operações, eis aí os dois fenómenos jurídicos, económicos e sociais que tiram ao contrato, pelo menos em larga medida, o carácter de *mutuus consensus*, que o tornaram se assim se pode dizer, menos contratual, e que dele fazem, em graus variáveis segundo as espécies, um contrato-regulamento, um «contrato dirigido».

(14) Josserand, *Aperçu general des tendances actuelles de la theorie des contrats* — em *Revue trimestrielle de Droit Civil*, tomo 37.º (1937), pág. 2.

A veracidade das afirmações de Jossierand podem ser facilmente comprovadas com numerosos exemplos. Assim, olhando o que se passa com a legislação portuguesa; temos o exemplo frisante do art.º 3.º do Decreto n.º 5.411, de 17 de Abril de 1919 que estipula: «considerar-se-ão nulas e de nenhum efeito quaisquer cláusulas, insertas de futuro nos contratos de arrendamento, que contrariem ou inutilizem as garantias que nesta lei se concedem aos senhores, arrendatários e sublocatários»; temos ainda os numerosos casos em que o conteúdo dos contratos é fixado, por determinações administrativas ou de certos organismos, como os organismos corporativos: assim a venda de produtos tabelados, etc., e ainda, e em muitas hipóteses, pode a limitação da autonomia da vontade ser imposta unilateralmente por uma das partes nos contratos de adesão.

Portanto, hoje mais do que nunca é errada a doutrina da autonomia da vontade em Direito interno. As modernas concepções jurídicas e a simples análise do que se passa na vida real, são razões suficientes para se pôr definitivamente de parte a ideia do princípio da autonomia da vontade com valor supra-legal.

Em Direito Internacional Privado — Mas, se é assim em Direito interno, que pensar do valor do princípio da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado?

Poderia parecer que, baseando-se, indiscutivelmente, a doutrina electivista no valor do princípio da autonomia da vontade em Direito interno para depois o transplantar para o Direito Internacional Privado, uma vez demonstrada a falsidade da doutrina em Direito interno mais nada haveria a dizer em Direito Internacional Privado.

Não é assim, porém. Se, na verdade, em Direito Internacional Privado a concepção electivista nos parece errada, e se, efectivamente, o seu erro já ficou atrás suficientemente demonstrado, julgamos, contudo, ser nosso dever exprimir o que pensamos quanto ao problema, para se demonstrar, aqui também, o errado da referida concepção.

Na realidade, o problema da autonomia da vontade tem em Direito Internacional Privado características próprias, fruto em grande parte das características bem especiais deste ramo de Direito.

E, porque é assim, todos os autores que têm querido ver o problema da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado

da mesma forma como o vêem em Direito interno, não o conseguiram resolver convenientemente.

Estão neste grupo os autores electivistas que partindo de uma ideia falsa em Direito interno, a adoptaram também em Direito Internacional Privado sem se aperceberem de que, o seu erro tomava então proporções ainda mais vastas. Estão neste grupo também os autores, como o Prof. Machado Vilela, que partindo da ideia, concebida ao analisarem o problema em Direito interno, de que a autonomia da vontade só tem valor no âmbito das normas supletivas e não no das normas imperativas, a passaram integralmente para o campo do Direito Internacional Privado.

Ora, o problema da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado tem de ser analisado independentemente, tanto quanto possível, sem esquecer as características deste ramo de Direito.

Portanto, para nós, só se aproximam da verdadeira resolução do problema os autores que tomaram esta attitude.

Dreyfus, embora chegando a conclusão que não aceitamos, foi, salvo erro, o primeiro autor que viu o problema da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado, com a independência com que carece de ser visto.

Partindo do princípio verdadeiro de que o Direito Internacional Privado é um ramo do Direito público, e afirmando depois que a sua missão é a de determinar qual é a lei normalmente competente para resolver os conflitos de leis, conclui que, sendo assim, determinando o Direito Internacional Privado as esferas dentro das quais o Estado pode exercer o seu domínio, é forçoso considerá-lo como um direito imperativo e de emanção soberana, onde a vontade privada não terá a liberdade para actuar.

Exposto, assim, em resumo, o pensamento de Dreyfus e sem querermos também fazer-lhe uma crítica pormenorizada, limitá-nos-emos a indicar sucintamente os motivos principais que nos levam a não o aceitar.

Indicaremos apenas dois, aliás expostos pelo Doutor Taborda Ferreira nas suas preleções, e com os quais concordamos inteiramente.

- 1.º—O princípio afirmado por Dreyfus é *a priori*, porque não há lei alguma que o consigne.

- 2.º — Sendo certo que o Direito Internacional Privado é um ramo do Direito público, com uma missão importantíssima, há, contudo, que reconhecer o papel que em tal Direito desempenha a vontade privada quando elevada a elemento de conexão.

E, assim, posta de parte a concepção de Dreyfus, julgamos encontrar nas doutrinas do Prof. Rocha Saraiva e Doutor Tabora Ferreira a verdadeira resolução do problema da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado.

A missão do intérprete, perante uma relação jurídica de Direito Internacional Privado, é a de determinar qual a ordem jurídica competente para regular essa relação.

Ora, para que se possa fazer essa determinação há, em primeiro lugar, que averiguar quais os elementos, que a ordem jurídica, em que o acto que deu origem à relação jurídica internacional foi praticado, eleva a elementos de conexão; e, assim, consoante essa ordem jurídica elevar ou não a vontade privada à categoria de elemento de conexão, poderá ou não esta eleger determinada ordem jurídica como competente para regular essa relação.

Mas uma vez determinada, por intermédio da vontade privada, a ordem jurídica competente, esta aplicar-se-á imperativamente nas suas disposições imperativas e supletivamente nas suas disposições supletivas.

Se quisermos aplicar esta doutrina a um caso prático de determinação de qual deve ser o papel desempenhado pela vontade privada em relação aos regimes matrimoniais em Direito Internacional Privado, o caminho a seguir deve ser este:

- 1.º — Saber sob que ordem jurídica o casamento foi celebrado;
- 2.º — Indagar se essa ordem jurídica eleva ou não a vontade à categoria de elemento de conexão, isto é, se essa ordem jurídica facultou aos cônjuges a escolha da lei reguladora do seu regime matrimonial.

E, assim, em caso afirmativo e se essa escolha tiver sido feita, aplicar-se-ão as normas jurídicas da ordem jurídica tornada competente, quer estas sejam supletivas, quer imperativas.

Se, e embora a ordem jurídica em cujo seio o acto foi praticado eleve a vontade privada à categoria de elemento de conexão, não foi feita a escolha da lei normalmente competente para regular o regime patrimonial dos cônjuges, então terá o intérprete de determinar a lei normalmente competente por intermédio dos outros elementos de conexão que essa ordem jurídica indique, sem se preocupar já com a vontade privada dos cônjuges.

Efectivamente, parece-nos dever ser esta a solução para a última hipótese, pois, se se considerasse a vontade privada ainda como elemento de conexão, mesmo quando os cônjuges a não utilizarem como tal, ir-se-ia cair no absurdo de querer descobrir a vontade destes a todo o custo, e ter-se-iam de admitir como boas as ideias da vontade presumida e da convenção tácita que, como vimos, são inadmissíveis.

Portanto, concluindo a crítica da doutrina electivista diremos que esta nos parece totalmente inaceitável :

- 1.º — Porque a noção de convenção antenupcial tácita — base da doutrina — é juridicamente um absurdo, como atrás ficou demonstrado ;
- 2.º — Porque entender o princípio da autonomia da vontade, com a amplitude e o valor que esta doutrina lhe atribui, é um erro de graves consequências, como já anteriormente também se demonstrou.

§ 2.º

O sistema da realidade ; crítica

O sistema da realidade, como já na Introdução se disse, teve a sua origem ou, pelo menos, a sua forma jurídica com d'Argentré. Também, no mesmo lugar, se indicaram os países para onde o pensamento deste autor se expandiu, e ainda os motivos que fizeram com que não fosse bem acolhido em França.

Hodiernamente, não sendo já seguido nem pela Bélgica, nem pela Holanda, encontra-se unicamente em pleno vigor nos países anglo-saxónicos.

Sem discutir, por enquanto, o valor do sistema da realidade, que-remos fazer ressaltar, desde já, este facto curioso: abandonado em quase todo o mundo mantém-se este sistema nos Estados anglo-saxões.

Como explicar este fenómeno? Quais as suas causas?

Para nós as causas que fundamentalmente explicam o fenómeno, são duas: o arreigado tradicionalismo britânico e a especial situação geográfica, social e política dos países anglo-saxões.

Efectivamente, a Inglaterra — desculpe-se o lugar comum — é por excelência o país da tradição; por razões que não nos compete averiguar, o certo é que o respeito pelo passado e a resistência à adopção de ideias novas que modifiquem os hábitos adquiridos, estão de tal forma enraizados na maneira de ser do povo britânico, e manifestam-se tão frequentemente em tantos e tão variados aspectos da sua vida, que não admira que, também no campo do Direito, esta tendência para o tradicionalismo se tenha feito sentir.

O Direito inglês porque é essencialmente costumeiro, jurisprudencial, não codificado, e é, portanto, maleável, adapta-se facilmente às necessidades do presente, conseguindo manter inalterados os princípios que, ao longo dos séculos, o informam.

E, porque é assim, porque o Direito inglês tem estas características — que não interessa agora averiguar se são defeitos ou se são qualidades — é que se compreende que se encontrem profundamente enraizadas na jurisprudência e doutrina britânicas as ideias, outrora revolucionárias, hoje consideradas velhas e inadequadas na maioria dos países, que os os juristas ingleses do século XVII trouxeram das Universidades holandesas.

E, se ao arreigado tradicionalismo, juntarmos a circunstância de ser bem especial a situação geográfica, social e política da Inglaterra e Estados Unidos — aquela, cabeça de um imenso Império colonial, que agrupa individuos de todas as raças, de todas as religiões, de todas as nacionalidades; estes, um poderoso Estado federal em que cada Estado federado tem um direito próprio, e que, além disso, todos os anos recebe uma considerável quantidade de emigrantes — se, dizíamos, juntarmos a circunstância de ser especial essa situação, que não poderia permitir que se applicassem, frequentes vezes, leis estrangeiras, que, sobretudo no que se refere aos bens imobiliários, iriam ferir a soberania nacional, bem se comprehendem os motivos que leva-

ram a que o sistema da realidade encontrasse o clima apropriado à sua adaptação e desenvolvimento nos países anglo-saxões (15).

Mas, vistas as razões que permitiram a sobrevivência e o desenvolvimento do sistema da realidade nos tempos modernos, ocorrem naturalmente as perguntas : em que consiste o sistema da realidade ? Quais são as suas características ?

O sistema da realidade oferece imediatamente a quem o analisa este duplo aspecto : por um lado a simplicidade relativa dos princípios que o informam, por outro a extrema complexidade que a sua aplicação prática origina.

Os juristas anglo-americanos ao pretenderem determinar a lei reguladora das relações pecuniárias dos cônjuges entre si ou dos cônjuges e terceiros, distinguem entre a lei aplicável às relações que têm como objecto bens imóveis e a lei aplicável às relações que têm como objecto móveis.

Com efeito, o sistema da realidade não apresenta uma solução unitária para o problema, mas sim duas soluções diferentes consoante os bens sejam móveis ou imóveis.

Os bens imóveis estão submetidos à *lex rei sitae*, e, portanto, todas as relações entre os cônjuges ou entre estes e terceiros, que tenham por objecto imóveis, estarão subordinados à lei do lugar onde esses bens se encontrem.

Para os bens móveis, em virtude da ficção *mobília sequuntur personam*, a lei aplicável será a do domicílio matrimonial. Entendendo a doutrina anglo-americana por lei do domicílio matrimonial, como escreve Westlake, «a lei do domicílio que era do marido na altura da celebração (do casamento) ou que ele estabeleceu imediatamente a seguir» (16).

São estes os princípios simples que orientam a doutrina da realidade.

Na crítica que vamos passar a fazer, queremos apenas expan-

(15) Henri Bateman, *ob. cit.*, págs. 57 e 58.

(16) Westlake, *Traité de Droit International Privé*, § 35. Sobre o sistema da realidade, ver ainda Dicey : *Le Statu personnel anglais*, tomo 2, art.º 60 e seguintes.

dir algumas observações que nos habilitem a tomar posição a respeito do Sistema da Realidade.

Dos princípios que expusemos resultam imediatamente estas consequências :

Por um lado, com a aplicação da *lex rei sitae* e da lei do domicílio matrimonial conseguem-se duas importantes vantagens : a segurança nas relações jurídicas e a simplicidade nos julgamentos.

Segurança nas relações jurídicas, porque os terceiros, que com os cônjuges contratam, conhecendo antecipadamente a lei a que os bens destes estão submetidos, sobretudo se os bens forem imóveis, não podem reear possíveis fraudes, nem possíveis incertezas.

Simplicidade nos julgamentos, porque, o juiz, sobretudo se for o juiz do tribunal competente no território onde os bens estão situados, determina facilmente qual a lei aplicável, e, porque bem conhece essa lei melhor a aplica.

Por outro lado, porém, a aplicação da *lex rei sitae* e da lei do domicílio matrimonial, tal como o sistema da realidade as manda aplicar, origina dois inconvenientes muito graves : a falta de unidade no regime matrimonial e a possível arbitrariedade por parte do marido em relação aos bens da mulher.

A falta de unidade no regime matrimonial é bem patente. Basta pensarmos que em muitos casos a lei aplicável aos bens móveis é diferente da lei aplicável aos bens imóveis, e que estes, por sua vez, estão sujeitos a leis diferentes se estiverem disseminados por países diversos ou se estiverem situados em regiões do mesmo país sujeitas a leis diferentes — caso dos Estados Unidos da América.

Que a falta de unidade do regime matrimonial é um grave inconveniente, não temos a menor dúvida. Basta pensarmos nas tremendas dificuldades que podem surgir na liquidação dos bens dos cônjuges em casos de morte de um deles, de divórcio ou de separação de bens, quando, por exemplo, parte dos bens imóveis estão submetidos ao regime de separação de bens, outra parte ao regime de comunhão geral e os bens móveis ao regime da comunhão de adquiridos.

O sistema da realidade pode ainda originar, como se disse, outro grave inconveniente : possíveis arbitrariedades por parte do marido em relação aos bens da mulher.

Efectivamente, por uma hábil escolha do domicílio matrimonial pode o marido extorquir à mulher parte dos bens que a ela pertencem.

Basta pensarmos no caso da fortuna da mulher consistir em valores mobiliários e o marido escolher como lugar do domicílio matrimonial um país onde a comunhão geral de bens é o regime legal (17).

Pode pensar-se que este inconveniente pode facilmente ser evitado pela mulher, bastando para isso que ela indague qual o regime legal estabelecido pela lei do domicílio matrimonial e que o evite no caso de lhe ser desfavorável.

Na verdade é assim, e, em pura teoria, o inconveniente citado não tem grande valor. Na prática da vida, porém, este inconveniente que o sistema da realidade pode originar, tem o maior interesse. Não só a grande maioria das pessoas não possuem conhecimentos jurídicos, que as habilitem a tomar as providências necessárias para evitar a fraude, como até, na maior parte das vezes em que não se celebra convenção antenupcial, se não procura estabelecer um regime matrimonial ou por esquecimento ou por ignorância.

Se a estas duas razões juntarmos o natural predomínio do homem sobre a mulher, não pode haver dúvidas sobre a incontestável gravidade que, na prática, tem o inconveniente da possível arbitrariedade do marido em relação aos bens da mulher.

Através desta rápida e incompleta análise crítica do sistema da realidade, em que se procurou ver, com imparcialidade, o que de bom e de mau o sistema possui, julgamos, desde já, poder concluir pela sua inadmissibilidade.

Os inconvenientes apontados, em que é escusado insistir, parecem-nos de molde a apagar as inegáveis vantagens a que o sistema acarreta. Mas, sendo assim, embora não possamos admitir como o melhor o sistema da realidade, entendemos, porém, que numa solução aceitável para o problema que temos vindo a analisar, se tem de ter em atenção as vantagens deste sistema.

Portanto, para nós, e embora não possamos admitir as mais importantes consequências a que o sistema conduz, a doutrina anglo-saxónica não pode ser considerada inútil. Ela, efectivamente, veio indicarnos duas vantagens preciosas que nos oferece com a sua aplicação e que temos de tomar em linha de conta quando apresentarmos a

(17) Henri Bateman, *ob. cit.*, pág. 59.

solução que defendemos: a simplicidade nos julgamentos e a segurança e a certeza nas relações jurídicas.

§ 3.º

O sistema personalista ; suas modalidades ; crítica

O sistema personalista, que vamos passar a analisar, teve a sua origem, como por mais de uma vez se afirmou neste trabalho, nas ideias defendidas por Boullenois para a resolução do problema que nos ocupa.

O pensamento do insigne jurista francês é ainda hoje, decorridos quase dois séculos, a base, o fulcro, em que o estudioso moderno se tem de apoiar para bem compreender os fundamentos da doutrina personalista.

E, de tal maneira a influência de Boullenois se faz sentir, que os numerosos autores que seguem actualmente a corrente personalista nas suas duas modalidades principais, mais não fazem, quando indicam as razões em que baseiam os raciocínios e as conclusões a que pretendem chegar, do que dar uma coloração jurídica moderna aos princípios por ele expostos.

Na verdade, a ideia de considerar o regime pecuniário legal um dos efeitos do casamento, exactamente como os efeitos pessoais entre os cônjuges — base do sistema personalista — foi claramente exposta e fundamentada por Boullenois, ao escrever «... Creio... que este sistema da comunhão só provém da lei e que se não houvesse lei não haveria comunhão».

«Mas esta lei, quando existe, forma o estado dos cônjuges. Assim, na minha opinião, a verdadeira natureza do estatuto da comunhão é ser um estatuto pessoal, porquanto forma o estado e a condição das pessoas dos cônjuges» e, ainda quando também afirma: «O artigo que estabelecer a comunhão entre as pessoas casadas e domiciliadas sob o costume, rege todo o seu estado, sem distinguir o que constituirá a matéria dessa comunhão (18)».

(18) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, tomo I, título 2, cap. V, observações 29, pág. 732.

São estas, efectivamente, as ideias em que se apoiam os autores modernos partidários do sistema personalista para dizerem que, em caso de conflito, é a lei pessoal dos cônjuges que fixa o seu regime matrimonial legal. Pillet e Niboyet, por exemplo, escrevem no seu *Manuel de Droit International Privé*: «O regime matrimonial é comandado pela existência comum dos cônjuges; é a manifestação patrimonial da sua associação, da qual é bem difícil dissociá-lo». «Não é conveniente cindir a lei aplicável aos efeitos pessoais do casamento e a que visa os efeitos sobre os bens. Existe, com efeito, uma ligação entre esses efeitos e está sobretudo conforme com o fim social das leis citadas, qual seja o de manter a uniformidade do estatuto no seio da família (19)».

Como se vê das transcrições que acabamos de fazer, são bem simples os princípios de que parte o sistema personalista. Pretendendo atingir o mesmo objectivo da doutrina electivista — a unidade de regime para todos os bens dos cônjuges, seja qual for o lugar da sua situação — os escritores personalistas, reconhecendo o absurdo da noção de convenção tácita, estribam-se, para o conseguir, na vontade da lei e nos fins que ela pretende atingir — isto é, a imposição dum regime matrimonial e a defesa dos interesses dos cônjuges e dos que com eles contratam.

Mas, uma vez assente, em que é da lei e não da convenção tácita que deriva a existência e a obrigatoriedade do regime matrimonial legal, os autores personalistas vão mais longe e, estudando a natureza do casamento e os efeitos dele emergentes, chegam à conclusão de que quaisquer que sejam esses efeitos — pessoais ou patrimoniais — eles não se produziram se não fora a existência do casamento.

E, sendo assim, se todos pensam dever ser a lei pessoal dos cônjuges a reguladora, tanto do acto jurídico casamento em si mesmo considerado, como dos efeitos pessoais que dele emergem, e se, é verdade também, que os efeitos patrimoniais não poderiam produzir-se sem o casamento, parece lógico admitir que, se estas três realidades — casamento, efeitos pessoais e efeitos patrimoniais — estão entre si tão estreitamente ligados pelo fim que visam atingir: a defesa dos interesses dos cônjuges e da família, a boa solução está em subme-

(19) Pillet e Niboyet, *Manuel de Droit International Privé*, pág. 598.

tê-las em globo à mesma lei, à lei pessoal dos cônjuges, evitando-se desta forma a disparidade dos estatutos reguladores da vida familiar.

Não nos interessa, agora, aquilatar do bem ou mal fundado do sistema personalista; assentes os princípios em que se baseia a doutrina, vamos dar um passo mais e empreender a análise das duas modalidades que ela, fundamentalmente, comporta.

Efectivamente, as dificuldades, as dúvidas a que a doutrina personalista pode dar origem, não estão nos princípios simples em que se funda e dos quais unicamente se poderá dizer se são bons ou se são maus. As dúvidas, as dificuldades existem quando se discute qual o melhor caminho para os aplicar na prática. É que, na verdade, não basta dizer que é a lei pessoal a lei aplicável a todos os efeitos do casamento, há que determinar qual deve ser essa lei.

Duas são as soluções que a doutrina personalista apresenta; uma indica-nos a lei nacional, a outra a lei do domicílio, como devendo ser a lei pessoal.

Estamos, portanto, mais uma vez, perante o já clássico problema de Direito Internacional Privado: qual lei preferir como lei pessoal, a lei nacional ou a lei do domicílio?

A análise das duas modalidades da doutrina personalista, que vamos passar a fazer, tem, assim, o maior interesse.

É ela que nos vai permitir compreender o sistema em toda a sua amplitude e aquilatar do maior ou menor valor que ele possa ter.

Começaremos por estudar a modalidade que preconiza a aplicação da lei nacional, e alguns diplomas legislativos, como a Convenção da Haia de 17 de Julho de 1905, que a consagraram.

Estudaremos depois a solução do Código Bustamante, que referindo-se simultaneamente, conforme os casos, a ambas as leis, nos aparece como uma solução intermédia, conciliadora das duas soluções antagónicas extremas.

Por fim analisaremos a modalidade que preconiza a aplicação da lei do domicílio.

A) A MODALIDADE DA LEI NACIONAL

Esta modalidade é, sem dúvida, dentro do sistema personalista, a que tem tido o sufrágio do maior número dos autores desde o último quartel do século XIX até aos nossos dias. Nomes como os de Pillet,

Niboyet, Brocher, Asser e Rivier, Fiore, Machado Vilela, Odier, Audinet e de tantos outros juristas ilustres têm-lhe dado a sua entusiástica adesão.

Rigorosamente, o estudo da modalidade de lei nacional, consiste na análise das razões que abonam esta lei como lei pessoal. Portanto, é essencialmente o estudo da questão da lei nacional como lei pessoal, seguida da análise das consequências que, da sua adopção, resultam para o nosso problema.

Não pretendemos fazer aqui um estudo acabado e exaustivo da lei nacional como lei pessoal que, neste trabalho, seria, manifestamente, descabido. Limitar-nos-emos, por isso, a uma breve indicação do essencial, que seja suficiente para a compreensão do problema, para depois, nos podermos pronunciar sobre o valor desta modalidade do sistema personalista.

Assim, indicaremos a origem da adopção da lei nacional como lei pessoal nas diferentes legislações, a sua explicação e aceitação na doutrina e, por fim, os motivos que os autores invocam para lhe darem a sua preferência.

ORIGEM DA ADOPÇÃO DA LEI NACIONAL COMO LEI PESSOAL

A lei nacional, como lei reguladora do estado e capacidade das pessoas, foi pela primeira vez estipulada no Código de Napoleão.

Até à data da promulgação deste Código, toda a doutrina e todas as legislações haviam sido unânimes em considerarem a lei do domicílio a lei reguladora do estatuto pessoal dos indivíduos (por exemplo, o Código Civil da Prússia de 1794, art.^{os} 25.^o e 27.^o).

Quais seriam as razões que motivaram a inclusão, no Código Napoleónico, de um preceito, tão revolucionário para a época, como era o art.^o 3.^o, alínea 3.^a, cuja letra estipulava «as leis concernentes ao Estado e capacidade das pessoas regem os franceses mesmo quando residem em país estrangeiro»? Quais os motivos para uma tão decidida consagração da lei nacional?

É para nós fora de dúvida que o preceito do Código de Napoleão não resulta de uma lenta e segura evolução do pensamento jurídico da doutrina, nem tão-pouco de uma premente necessidade, sentida

pelo legislador de melhor administrar justiça. Não se procurou fazer uma cuidadosa análise das consequências jurídicas a que a adopção da lei nacional conduzia, não se procurou um fundamento jurídico que a explicasse e impusesse. A lei nacional aparece no Código Napoleónico, só e unicamente, como um fruto das novas ideias políticas francesas.

Efectivamente, a concepção política francesa era, então, revolucionária e profundamente diferente da dos outros Estados europeus, onde o *ancien régime* imperava. Como defender os cidadãos franceses da aplicação de leis consideradas obsoletas e inadequadas? O caminho mais eficaz e mais seguro só podia ser um: fazer com que a lei francesa seguisse o cidadão para todo e qualquer lugar para onde este se deslocasse. Está aqui para nós nesta simples afirmação, toda a explicação da adopção da lei nacional, como lei pessoal, no Código de Napoleão.

O poder de expansão que as ideias possuem e as conquistas dos exércitos franceses explicam o resto; isto é, explicam a aceitação por parte de uma grande maioria de Estados europeus das ideias contidas no Código Napoleónico e, portanto, da lei nacional como lei pessoal.

O art.º 2.º do Código do Cantão de Vaud (1819), o art.º 4.º do Código do Cantão de Berna (1824), o art.º 4.º do Código do Cantão de Friburg (1834), o art.º 8.º do Código Holandês (1838) o art.º 12.º do Código sardo (1838), etc., todos eles estipulam de forma idêntica à do art.º 3.º, alínea 3.ª do Código de Napoleão. Teriam estes legisladores encontrado os fundamentos para a consciente adopção da lei nacional? Julgamos que não.

Sem procurarem analisar as razões que justificam a aplicação da lei nacional ou da lei do domicílio, abandonaram esta e aderiram àquela, só por ser fruto das ideias revolucionárias e por vir consagrada no Código modelo, no Código Napoleónico, sem querer saber se as consequências do seu acto beneficiariam ou não os cidadãos, se defenderiam melhor ou não os seus interesses.

Mas, apesar de ser assim, apesar de não existir um fundamento jurídico sério e de não se terem analisado convenientemente os motivos por que a lei nacional era consagrada, o certo é que a aplicação desta lei, nascida dum oportunismo político, ia sendo cada vez mais defendida pela legislação e pela doutrina dos diversos países.

Era esta a posição da lei nacional até Mancini; com este autor

toma novos alentos, encontra-se o seu fundamento, explicam-se as razões que a impõem, entra-se, enfim, numa nova fase da lei nacional, que é necessário ver em separado.

ORIGEM DA EXPLICAÇÃO E ACEITAÇÃO DA LEI NACIONAL PELA DOUTRINA

Foi Mancini quem, numa célebre lição proferida na sua Cátedra de Turim em 1853 e depois num relatório apresentado no Instituto de Direito Internacional Privado, lançou as bases jurídicas modernas da doutrina da lei nacional como lei pessoal.

O pensamento de Mancini tem na sua origem uma base essencialmente política, e, não representa mais do que um contributo muitíssimo importante para a emancipação do povo italiano do jugo austriaco e para a unificação da Itália.

Era necessário criar não só um forte sentimento de nacionalidade, como também aglutinar os italianos dispersos pelo mundo. Ora, para conseguir este *desideratum*, Mancini compreendeu que ele só seria possível se se atribuisse ao Estado um poder grande e se se subordinassem a uma mesma lei — a lei nacional — todos os indivíduos nacionais desse Estado já que a subordinação a leis diferentes, consoante o lugar do domicílio, levaria necessariamente à dispersão e seria um sério obstáculo a dificultar o fim que se pretendia atingir.

Não bastava, porém, ter estas ideias, querer atingir este fim, havia que lhes dar um fundamento e mostrar a superioridade das razões que a justificavam. Daí o relatório de Clunet onde se pretende conseguir ambas as coisas.

Eis o fundamento que Mancini atribui à sua teoria no relatório de Clunet, onde a certa altura escreve: «... O clima, a temperatura, a situação geográfica, montanhosa ou marítima, a natureza e a fertilidade do solo e, além disso, a diversidade das necessidades e dos costumes, determinam em cada povo, com uma preponderância quase completa, o sistema das relações jurídicas. Determinam até, em maior ou menor grau, a precocidade do desenvolvimento físico e moral, a organização, as relações de família, as ocupações preferidas, o género de negócios e de relações comerciais mais frequentes. Por estes motivos, também o estado e a capacidade pessoal no direito privado das diferentes nações devem diferir segundo a diversidade

das condições. Não poderiam desconhecer-se estas diferenças sem fazer violência à natureza e sem destruir os seus efeitos com uma flagrante injustiça. A idade pode ser citada como exemplo».

«Não deve considerar-se como uma concessão arbitrária e benevolente do legislador que o estrangeiro que chega ao seu território aí conserve o seu estado pessoal e a sua capacidade jurídica. Que injusta pretensão não seria exigir o contrário?»

«O indivíduo vindo dos países frios, onde a natureza é morosa e o desenvolvimento das faculdades físicas e morais tardio, deve, com razão, ficar segundo as leis do seu país, no estado de menoridade e de incapacidade por um período mais longo do que o que estaria segundo as leis dum país quente, vivicado pelo Sol do meio-dia. Se, viajando, chegar aos países do Sul da Europa ou da África e aí fixar a sua residência, terá adquirido instantâneamente por esse facto as qualidades físicas e morais que lhe faltam para que se lhe apliquem as condições de maioridade estabelecidas pelas leis vigentes nesses países?»

Mancini afirma depois que destas considerações deriva uma verdade: a obrigação que cada Estado tem de reconhecer e de aplicar as leis nacionais dos estrangeiros que habitem no seu território.

Mas, logo a seguir abre uma importante restrição quando diz... «o indivíduo fora do seu país pode reclamar de toda a soberania estrangeira, na sua qualidade de homem e em nome do princípio da nacionalidade, o reconhecimento e o respeito do seu direito privado nacional; o poder soberano de cada Estado estrangeiro pode, por outro lado, em nome do princípio da independência política do Estado, proibir, dentro do seu território, toda a infracção ao seu direito público, à ordem pública do país... (20)».

Portanto, deste incompleto esboço do pensamento de Mancini, e sem entrarmos na distinção que este autor faz entre a parte necessária e a parte voluntária do direito privado e nem tão-pouco nos interessar saber o que ele entende por direito público ou qual deva ser a sua amplitude, alguma coisa fica. Ficam as razões que ele julga mais do que suficientes para fundamentar a aplicação da lei nacional,

(20) Mancini, *Relatório de Clunet*, págs. 291 a 297, *apud*. Machado Vilela, tomo I, págs. 345 a 351.

isto é, o ambiente social, político e geográfico em que os indivíduos nasceram e se criaram, a sua constituição física e biológica, a sua maneira de ser psíquica, enfim, todas as realidades que influem na formação da pessoa e que lhe dão um cunho próprio e característico que só pode ser convenientemente defendido por uma lei, ou conjunto de leis, para ela especialmente elaborado; fica ainda claramente expressa a autoridade que Mancini atribui ao Estado ao ponto de este poder limitar — e as limitações são numerosíssimas — a aplicação da lei nacional dos estrangeiros.

Consegue, assim, Mancini atingir o duplo fim que se propunha; por um lado, evitar a desnacionalização dos italianos dispersos pelo mundo, subordinando-os a uma só lei, a lei nacional italiana; por outro lado, dando força ao Estado italiano, confere-lhe os meios jurídicos para combater o dominador austríaco.

Esta doutrina que, verdadeiramente, só fora criada para a Itália e que só na Itália devia encontrar ambiente, talvez pelos termos racionais em que foi apresentada e ainda pelo clima favorável que o Código Napoleónico lhe havia preparado, tornou-se em breve a doutrina dominante na grande maioria das legislações dos Estados europeus e em alguns Estados americanos (Alemanha, Bélgica, Brasil, Chile, Espanha, França, Grécia, Holanda, Itália, Japão, Luxemburgo, Marrocos, México, Mónaco, Peru, Portugal, Roménia, Suécia, Venezuela).

Também os doutrinários dos diversos países a ela aderem com entusiasmo, procurando acrescentar ao seu fundamento que reputam indiscutível, motivos que a justifiquem prática e juridicamente e que demonstrem inequivocamente a sua superioridade perante a lei do domicílio. Vejamo-los:

MOTIVOS INVOCADOS PELA DOCTRINA PARA PREFERIR A LEI NACIONAL

Os motivos de preferência invocados, geralmente, são três:

- 1.º — A lei nacional é a mais justa e a mais racional;
- 2.º — Assegura a estabilidade das situações jurídicas dos indivíduos;
- 3.º — Protege melhor os interesses individuais.

1.º — Sendo as leis de direito privado destinadas a regular e a garantir os interesses individuais, a lei que melhor protege o interesse individual (a lei mais justa) é a lei que está de harmonia com a raça a que o indivíduo pertence, com o meio geográfico e com o meio social em que o indivíduo nasceu e se desenvolveu (lei mais racional) e, por isso, a lei da nacionalidade é naturalmente a lei pessoal competente, enquanto traduz a necessária coordenação entre o interesse individual e as condições mesológicas em que o mesmo indivíduo nasceu.

2.º — Assegura melhor a estabilidade das situações jurídicas dos indivíduos, porque é mais fácil mudar de domicílio do que de nacionalidade, já que a constituição do domicílio depende de um mero facto voluntário, ao passo que a aquisição da nacionalidade depende de condições que, em grande parte, pelo menos, estão fora da acção da vontade.

3.º — O terceiro motivo é posto em relevo por Pillet ao dizer que sendo a lei pessoal uma lei de protecção individual, porque se destina a garantir a estabilidade e a permanência da personalidade, deve ser o Estado competente para a formular, aquele que tem o direito de proteger as pessoas na ordem internacional. Ora, este direito cabe incontestavelmente ao Estado de que as pessoas são nacionais, ao mesmo Estado cabe o direito de formular a lei pessoal. Conclui depois o referido autor: «Assim como é reconhecido ao Estado civilizado proteger os seus nacionais mediante a sua magistratura diplomática ou a sua magistratura consular e mediante o seu poder militar de terra e mar, assim também lhe deve ser logicamente reconhecido o direito de estabelecer leis que hão-de organizar a sua personalidade. Trata-se de meras variantes da mesma função de protecção (21)».

Ficam assim focados, nesta breve análise da lei nacional como lei pessoal os três pontos que pretendíamos fazer ressaltar: a origem da lei nacional como lei pessoal nas legislações e na doutrina, e os motivos que os autores invocam para a preferir.

Vamos agora passar a estudar a repercussão que a teoria da lei

(21) Pillet, *Principes*, págs. 144-145.

nacional como lei pessoal teve na resolução dos conflitos de leis relativos aos efeitos patrimoniais do casamento.

Quanto à repercussão que ela alcançou no seio da doutrina que defende a modalidade da lei nacional no sistema personalista, nada mais há a dizer.

Os autores que se integram nesta modalidade, aceitando a ideia de que tanto os efeitos pessoais, como os efeitos patrimoniais do casamento devem ser regulados pela mesma lei — a lei pessoal dos cônjuges — aceitam, também, pelos motivos acima indicados para dar preferência à lei nacional, que seja esta a lei pessoal.

Tem interesse sim, aquilatar do modo como a modalidade da lei nacional dentro do sistema personalista foi compreendida e aceite nos diversos diplomas legislativos que a consagraram. Na impossibilidade, porém, de os estudar a todos vamos examinar unicamente dois, os que mais de perto nos interessam: o Código Civil Português e a Convenção da Haia, de 17 de Julho de 1905.

O Código Civil Português — A teoria de Mancini preconizadora da aplicação da lei nacional como lei reguladora do estado e capacidade das pessoas está, indubitavelmente, consagrada nos art.ºs 24.º (primeira parte) e 27.º do Código Civil Português, donde, claramente, se infere o princípio de que a lei reguladora do estado e capacidade das pessoas, é a lei nacional dessas mesmas pessoas.

O art.º 1.107.º, por sua vez, é o preceito onde o legislador português consagrou a aplicação da referida teoria aos conflitos de leis relativos aos efeitos patrimoniais do casamento (regime legal), integrando-se, assim, na modalidade da lei nacional do sistema personalista.

Vejamos, pois, mais em pormenor, o art.º 1.107.º.

Nada de novo há a dizer quanto ao conteúdo do art.º 1.107.º; nada de novo diremos também. Limitar-nos-emos, aqui, a repetir ideias já muitas vezes expostas, mas que poremos em foco para se mostrar bem como o nosso Código aderiu à teoria que estamos a estudar.

Do que se contém no art.º 1.107.º, resulta, nitidamente, que, quando os cônjuges nada estipularam relativamente aos seus bens, o regime legal será o estabelecido pela lei nacional do marido, quer na hipótese de o casamento ter sido contraído em país estrangeiro

entre português e estrangeira, quer na hipótese dele ter sido contraído entre estrangeiro e portuguesa.

Portanto, o preceito é bem simples e não oferece quaisquer dificuldades, ficando através dele nitidamente vincada a vontade de adesão ao sistema personalista por parte do legislador português.

Algumas dificuldades se têm levantado, todavia, e quanto a nós sem razão, não quanto à ideia que o informa, pois quanto a esta não podem existir dúvidas, mas sim quanto à sua amplitude.

Na verdade, o Código não previu nem a hipótese do casamento entre portugueses em país estrangeiro, nem a hipótese do casamento entre estrangeiro e estrangeira em Portugal, nem, finalmente, a hipótese do casamento de estrangeiros no estrangeiro. Nestas hipóteses será ainda aplicável o disposto no art.º 1.107.º? Ou, pelo contrário, o regime deverá ser outro, por exemplo, o da lei do domicílio? Ou o do lugar da celebração?

Julgamos, com a generalidade dos autores, que o regime estatuído pelo art.º 1.107.º para as hipóteses que prevê deve ser alargado aos outros casos que não previu, não só por legítima analogia com o preceituado no referido artigo, mas ainda por força do que vem disposto nos art.ºs 24.º e 27.º.

Efectivamente, se o casamento foi celebrado no estrangeiro entre portugueses ou entre estrangeiros, não nos aparece qualquer elemento novo susceptível de poder modificar os motivos que levaram o legislador a estabelecer o regime do art.º 1.107.º, e, por isso, estamos, inteiramente, de acordo com o Prof. Machado Vilela quando escreve: «a razão que determinou o legislador, que foi certamente o considerar o marido como chefe de família, persiste na hipótese de ambos os cônjuges serem portugueses ou estrangeiros, e nenhum elemento novo aparece que possa obrigar a adoptar outra lei que não seja a lei do marido, pois, como nas hipóteses previstas no artigo o casamento é celebrado em país estrangeiro (22)».

Mas, se o casamento foi celebrado em território português terá este elemento novo — o território português — relevância para nos fazer pensar que o legislador quis dar uma nova solução? Repetimos, julgamos que não.

(22) Machado Vilela, *ob. cit.*, II volume.

Em primeiro lugar, por motivo de reciprocidade, pois, se o legislador português não tomou em consideração o elemento território estrangeiro, é lícito supor que, igualmente, não tenha querido considerar o elemento território português.

Em segundo lugar, porque os motivos que levaram a dar preferência à lei nacional do marido — o chefe da família — se mantêm aqui.

Em terceiro lugar, porque o preceito geral do art.º 27.º que dispõe: «O estado e a capacidade civil dos estrangeiros são reguladas pela lei do seu país», se deve considerar aplicável à hipótese, visto que o art.º 1.107.º, para as hipóteses que previu, consagrou, irrecusavelmente, a doutrina personalista na modalidade da lei nacional, que, como acima se disse, engloba tantos os efeitos pessoais, como os patrimoniais, do casamento dentro do estatuto pessoal.

E, sendo assim, mesmo se só se admitir a analogia com o preceito do art.º 1.107.º para as hipóteses em que o casamento haja sido celebrado no estrangeiro, e não também para as hipóteses em que ele tenha sido celebrado em Portugal, é mais coerente pensar ter sido a vontade do legislador, a de aplicar a estas hipóteses o que já em geral havia disposto no art.º 27.º, com a correcção imposta pelo princípio, aceite pelo direito português, da preferência do marido sobre a mulher na matéria de direito da família, e não a lei do lugar da celebração que nenhum preceito indica.

Em quarto e último lugar, porque sendo todos os argumentos no sentido de se considerarem os efeitos patrimoniais do casamento celebrado em Portugal sujeitos a um regime idêntico ao do art.º 1.107.º, só seria de admitir uma solução diferente se um preceito expressamente a consagrasse.

Sem nos interessar, por enquanto, aquilatar se a solução portuguesa é de perfilhar *de jure condendo*, quisemos aqui, sòmente, demonstrar como, *de jure condito*, ela consagrou inteiramente o sistema personalista na sua modalidade da lei nacional.

Passaremos, agora, ao estudo da Convenção da Haia de 17 de Julho de 1905, onde se faz a consagração mais completa que a doutrina que estamos a analisar alcançou.

Faremos depois uma crítica global de tudo o que temos dito acerca da modalidade da lei nacional dentro do sistema personalista,

e que, necessariamente, abrangerá as soluções dadas, tanto pelo Código Civil Português, como pela Convenção da Haia de 17 de Julho de 1905.

A CONVENÇÃO DA HAIA DE 17 DE JULHO DE 1905

Não nos interessa empreender aqui o estudo de todas as disposições desta Convenção da Haia, que analisa o problema dos conflitos de leis relativas aos efeitos pessoais e patrimoniais em todos os aspectos em que ele pode desdobrar-se. Interessam-nos agora, somente os efeitos patrimoniais que se produzem, quando não tenha sido celebrada convenção antenupcial.

Só encontramos uma disposição a referir-se a esta faceta do problema dos conflitos de leis relativos aos efeitos do casamento: o art.º 2.º, melhor, a 1.ª parte do art.º 2.º.

Esta disposição onde se diz que: «Na ausência de convenção nupcial os efeitos do casamento sobre os bens, quer imóveis, quer móveis, são regidos pela lei nacional do marido, na ocasião da celebração do casamento», não oferece dificuldades de interpretação. Nela se indica a lei nacional do marido como sendo a lei normalmente competente, e esta indicação é genérica, abrangendo, portanto, todas as hipóteses possíveis não se levantando dúvidas idênticas àquelas que tivemos ocasião de examinar a propósito do art.º 1.107.º do Código Civil Português.

Nada mais há a dizer: O art.º 2.º da Convenção prova, clara e inequivocamente, a adopção do sistema personalista na sua modalidade da lei nacional, e era só isto o que nos interessava demonstrar, por agora.

Não deixa, no entanto, de ser curioso notar, que, na época em que a Convenção foi assinada, «tinham representação no direito positivo todas as correntes doutrinárias...», como nota o Prof. Machado Vilela, e ainda que num projecto de 1888 da autoria de Köenig, Professor da Universidade de Berna, aprovado no mesmo ano pelo Instituto de Direito Internacional Privado, reunido em Lausana, tinha prevalecido a lei do domicílio matrimonial.

Mas, apesar das discrepâncias existentes na doutrina e legislação do tempo, o certo é que mercê do maior número, e, talvez da maior categoria dos juristas que em Haia defenderam a adopção do sistema

personalista, na sua modalidade da lei nacional, foi este o sistema consagrado na Convenção.

Resta-nos agora para terminar as considerações que temos vindo a fazer acerca da modalidade da lei nacional do sistema personalista, dizer alguma coisa sobre o que dela pensamos.

Não é ainda chegado o momento de nos pronunciarmos sobre o valor do sistema personalista: na crítica que vamos desenvolver apreciaremos, somente, a modalidade da lei nacional dentro do referido sistema, o que mais não é, afinal, do que apreciar a teoria da lei nacional como lei pessoal.

Não faremos, também, uma crítica às bases de que parte o pensamento de Mancini; nem tão-pouco ao modo como o seu raciocínio se desenvolve, porque, se o fizéssemos, sairíamos do âmbito deste trabalho, sem colher vantagens apreciáveis para a análise do problema que temos vindo a examinar.

Vamos situar a nossa atenção nos motivos geralmente invocados pelos autores para considerarem a lei nacional como sendo a lei aplicável ao estado e à capacidade das pessoas, encarando-as, porém, sob o ângulo que nos interessa, isto é, vendo quais as consequências práticas, que resultam da aplicação da lei nacional para a resolução dos conflitos relativos aos efeitos patrimoniais do casamento.

Assim, e em primeiro lugar, será a lei nacional a que melhor protege os interesses individuais?

Julgamos que não, e em caso algum. Mas, se encararmos essa protecção de interesses, pelo lado dos interesses patrimoniais, que são os que neste trabalho nos preocupam, a negativa terá de ter ainda redobrado vigor.

Efectivamente, quando sentirá o indivíduo os seus interesses patrimoniais bem protegidos? Quando souber que, nas relações jurídicas em que é sujeito, a sua posição é de igualdade em face da outra parte, quando tiver plena certeza de que a lei que o assiste é conhecida do juiz e facilmente aplicada, quando não encontrar resistência por parte dos terceiros com quem contratar, por estes não desconhecem a lei que lhe é aplicável.

Ora, a lei nacional, lei especialmente elaborada para determinado clima, para certo ambiente social, uma vez deslocada para fora desse

clima, desse ambiente, deixa de poder cumprir, eficazmente, os fins para que foi criada.

Se o indivíduo a invocar para a protecção dos seus interesses, encontrará, na maior parte das vezes, desconfiança por parte dos terceiros com quem pretende contratar, que, desconhecedores dessa lei, não querem sujeitar-se a consequências imprevistas; além disto, o indivíduo perante um tribunal que conhece mal a sua lei, nunca pode ter a certeza de que esta seja bem aplicada; enfim, o indivíduo que invocar a sua lei nacional só raramente se sentirá em posição de igualdade perante a outra parte.

Pelo contrário, a lei do domicílio consegue proteger, eficazmente, os interesses do indivíduo. Na verdade, se este a invocar, apela para uma lei de todos conhecida, que não pode ser estranha, nem merecer desconfiança àqueles com quem contrata, que os tribunais sabem aplicar, coloca-se, enfim, numa posição de igualdade perante todos os outros indivíduos que habitam o mesmo território e, fatalmente, sentirá os seus interesses patrimoniais convenientemente protegidos.

Bastam estas simples palavras para se ver como é falsa a afirmação de que a lei nacional protege melhor os interesses do indivíduo. Mas, conseguirá ela defender melhor os interesses da nação?

Julgamos, também aqui, que não. Basta um raciocínio simples para se ver a falsidade da afirmação de que só a lei nacional consegue proteger os interesses da nação.

Na verdade, se o interesse nacional não é mais do que o somatório de todos os interesses individuais, e se a lei do domicílio é, como demonstrámos, a que melhor defende estes interesses, não pode deixar de ser esta lei a que melhor defende o interesse da nação.

Nem se diga que o Estado é afectado na sua soberania. A aplicação da lei do domicílio ao estado e capacidade dos indivíduos seus nacionais, limita-se a dar uma melhor protecção aos interesses pessoais e patrimoniais desses indivíduos, sem destruir nenhum dos laços que os ligam ao seu país. Por outro lado, no seu próprio território o Estado só pode ter vantagens na extensão da sua própria lei; a sua força aumenta e a segurança das relações jurídicas é bem maior também.

Mas será favorável aos interesses dos cônjuges a aplicação da lei nacional?

O que já atrás ficou dito acerca da ineficácia da lei nacional na

protecção dos interesses dos indivíduos, é aqui também aplicável; sendo a lei nacional ineficaz para proteger os interesses individuais, será também, e pelas mesmas razões, ineficaz para defender os interesses de cada um dos cônjuges.

Mas, não basta remeter para o que se escreveu. A ineficácia da lei nacional, devido às características da vida conjugal, toma agora cambiantes novos que é necessário pôr em realce.

Assim, a aplicação da lei nacional — lei nacional do marido — é indicada pelos autores, com os argumentos de que havendo toda a conveniência, para o bem familiar, de os cônjuges estarem submetidos à mesma lei, deve ser a lei nacional do marido a que se deve preferir, não só por ser este o chefe natural do agregado familiar, mas ainda porque a mulher pelo casamento, adquire a nacionalidade do marido.

Que se atribua a chefia do casal ao marido, está bem e não contestamos. Parece-nos, porém, que a posição proeminente do marido não justifica que se não acautelem convenientemente os interesses da mulher, a ponto de a deixar totalmente desarmada perante possíveis arbitrariedades daquele.

Efectivamente, com a aplicação do regime legal imposto pela lei nacional do marido, estamos muitas vezes a submeter a mulher a um regime que ela desconhece e do qual podem advir consequências que não pôde prever e com as quais se não conformaria se as conhecesse.

A injustiça da aplicação do regime legal imposto pela lei nacional do marido, mais ressaltará se pensarmos na hipótese, aliás frequente, do casal se estabelecer após o casamento no país da mulher. Esta, na grande maioria dos casos, desconhecadora das normas do Direito Internacional Privado, terá fortes e lógicas razões para pensar que, estabelecendo-se o domicílio conjugal no seu próprio país, será o seu regime legal o regulador das relações patrimoniais do casal, e, por isso, se conforma com a não celebração duma convenção antenupcial. Ora, quando uma vez dissolvido o casamento ela verificar que, afinal, se encontra submetida a um outro regime bem diferente, ao qual não se teria submetido se o conhecesse, não é difícil verificar como, nesta hipótese, a lei nacional não defendeu os legítimos interesses do casal, por não ter sabido acautelar o interesse dum dos cônjuges.

Mas há mais. Os autores que defendem a aplicação da lei nacio-

nal baseiam-se no princípio de que pelo casamento a mulher adquire a nacionalidade do marido, e que, sendo assim, ao preconizarem a aplicação da lei nacional deste, estão afinal a aplicar a lei nacional de ambos os cônjuges, donde não pode resultar o menor inconveniente, visto ser esta lei elaborada especialmente para eles, nacionais do mesmo Estado. Ora, pondo de parte os inconvenientes manifestos que para os interesses da mulher podem advir da aplicação do regime legal imposto pela lei nacional do marido, a que já acima aludimos, o certo é que o princípio segundo o qual a mulher pelo casamento adquire a nacionalidade do marido nem sempre é verdadeiro.

Efectivamente, algumas legislações existem — por exemplo, a lei francesa de 10 de Agosto de 1927 e a lei inglesa de 17 de Novembro de 1933 — que admitem que, não obstante o casamento da mulher com um estrangeiro, esta conserve a sua nacionalidade.

Numa hipótese como esta, em que a mulher não perde a sua nacionalidade pelo casamento, justificar-se-á que não tendo os cônjuges a mesma nacionalidade se subordine a mulher à lei nacional do marido? Mesmo admitindo que sim, se pensarmos na hipótese, há pouco exposta, do casal ir viver para o país da mulher, não será absurdo admitir que esta em tudo o que se refira aos seus interesses puramente pessoais ou patrimoniais esteja subordinada à lei do seu país, e, ao mesmo tempo, no que se refere as relações pessoais e patrimoniais emergentes do casamento, se encontre submetida à lei nacional do seu marido? Nós não temos a menor dúvida em classificar de absurda e de insustentável esta solução.

Mas, se adiantarmos considerações, que mais adiante desenvolveremos, e pensarmos na hipótese de mudança de nacionalidade dos cônjuges, depararemos também com situações curiosas. Assim, defendendo a doutrina da lei nacional a imutabilidade dos regimes matrimoniais, podemos chegar, pela aplicação da lei nacional do marido, ao absurdo dos cônjuges, no seu próprio país, estarem submetidos a um regime legal imposto por uma lei estrangeira.

Para se verificar a veracidade desta nossa afirmação basta tomarmos a hipótese dos cônjuges estabelecerem, após o seu casamento, o domicílio matrimonial no país da mulher; se, mais tarde ambos os cônjuges ou só o marido — nos casos da lei francesa e da lei inglesa — se naturalizarem e adquirirem a nacionalidade do país em que vivem, continuando-se a aplicar a antiga lei nacional do marido, como

quer a doutrina da lei nacional, chega-se a esta absurda situação: estarem os cônjuges, nacionais do país em que vivem, subordinados ao regime legal imposto por uma lei estrangeira!

Se juntarmos a todos estes tremendos absurdos a que conduz a aplicação da lei nacional, a ineficácia desta mesma lei para a defesa dos interesses dos indivíduos e, portanto, dos cônjuges, a que já aludimos, teremos uma visão bastante aproximada das razões que nos fazem não aceitar a doutrina da lei nacional como lei pessoal.

Não repetiremos agora considerações já feitas e que aqui têm inteiro cabimento. Não resistimos, contudo, à tentação de transcrever este sugestivo texto da obra de Henri Bateman e com o qual concordamos inteiramente: «A lei nacional», escreve este autor, «... favorecerá, ao menos os seus infelizes protegidos, nas suas relações com terceiros? Infelizmente é aqui que está o seu principal defeito...; um regime legal estrangeiro é um elemento de incerteza nos negócios; é fácil dizer que aquele que quer contratar com um estrangeiro deve informar-se a respeito da lei estrangeira, mas além da menor confiança que sempre existirá, é fácil imaginar a lentidão das operações realizadas nessas condições! Ora é precisamente no momento em que as operações jurídicas devem ser realizadas rapidamente, geralmente para resolver uma crise económica que o casal atravessa, é precisamente nesse momento que os terceiros se mostrarão mais desconfiados, pois correm maiores riscos em vista da situação dos que pedem. São inúmeras as questões que se levantarão, para os credores, por exemplo: poderá a mulher dar uma garantia de certos bens, sem a autorização do marido? O próprio marido poderá impunemente, hipotecar determinado imóvel, sem a intervenção da mulher, etc. (23)».

Portanto, julgamos, por todas estas razões, inteiramente falsa e inadequada a modalidade da lei nacional do sistema personalista. E, como consequência inevitável desta nossa maneira de pensar, o nosso desejo seria o de que Portugal denunciasse a Convenção da Haia de 17 de Julho de 1905, e de que o art.º 1.107.º do Código Civil Português fosse revogado e substituído por outro, que melhor defendesse os legítimos interesses dos cônjuges.

(23) Henri Bateman, *ob. cit.*, pág. 121.

B — A solução intermediária do Código Bustamante

O Código Bustamante, cuja doutrina pode ser integrada no sistema personalista, dá uma solução curiosa à questão da determinação da lei pessoal reguladora, tanto dos efeitos pessoais, como dos efeitos patrimoniais do casamento.

A solução do Código Bustamante é uma solução intermédia, uma tentativa interessante de conciliação entre as duas tendências contraditórias: a da lei nacional e a da lei do domicílio.

E, talvez, que esta solução adoptada pelos juristas das Américas Centrais e do Sul, se explique pela especial situação em que estes se encontravam. Efectivamente, se por um lado as teorias da lei nacional, desenvolvidas na Europa, exerciam uma poderosa influência no seu espírito, por outro, a circunstância dos seus países serem de imigração, impunha-lhes a obrigação de os defenderem contra a aplicação das leis nacionais dos estrangeiros que, a todo o momento, afluem aos seus portos. Daí, talvez, a adopção duma solução intermédia, conciliadora das duas tendências.

O Código Bustamante toma em linha de conta duas hipóteses distintas — os cônjuges serem da mesma nacionalidade ou serem de nacionalidades diversas — e, dá, para cada uma delas, uma solução diferente.

Para a hipótese de os cônjuges serem da mesma nacionalidade, consagra a aplicação da sua lei pessoal ao seu regime matrimonial; para a hipótese dos cônjuges serem de nacionalidades diversas estabelece o regime matrimonial legal preconizado pela lei do seu domicílio matrimonial (Código Bustamante, art.º 187.º, alínea 2.ª).

No art.º 188.º, consagra o princípio da imutabilidade dos regimes matrimoniais, dando-lhe o carácter de uma lei de ordem pública.

São estas, resumidamente, as soluções dadas ao nosso problema pelo Código Bustamante. Vejamos o seu valor.

Embora tentativa interessante de conciliação das duas modalidades contraditórias do sistema personalista, parece-nos inteiramente insustentável a solução, ou melhor as soluções, do Código Bustamante.

A solução é insustentável por duas razões: 1.ª por transigir com

a aplicação da lei nacional; 2.^a por seguir critérios diferentes para a resolução dum problema que é, fundamentalmente, o mesmo.

Na verdade, o Código Bustamante limita-se a reduzir as hipóteses em que a lei nacional é aplicada, consagrando contudo a sua aplicação a numerosos casos.

Ora, demonstrados e aceites, como nós aceitamos, os inconvenientes manifestos que a aplicação da lei nacional acarreta, é-nos indiferente que estes tenham lugar sempre ou muitas vezes. A existência desses inconvenientes, é, para nós, razão mais do que suficiente para pôr de parte toda e qualquer solução que os consagre, quer essa consagração seja muito ampla ou muito restrita.

Mas, para além desta razão que só pode impressionar quem pense como nós pensamos, o Código Bustamante é incoerente no sistema que adopta.

Efectivamente, mandar aplicar ora a lei nacional, ora a lei do domicílio, baseando-se, unicamente, na circunstância dos cônjuges terem ou não a mesma nacionalidade, é um evidente absurdo.

Os interesses dos cônjuges, quer nas relações entre si, quer nas relações com terceiros são sempre os mesmos, independentemente da sua nacionalidade. Não serão os problemas, que se levantam para os cônjuges nacionais do país *A* que vão viver para o país *X* idênticos aos que se põem aos cônjuges, um nacional do país *A* outro do país *B*, que se estabeleçam no mesmo país *X*? Então qual o fundamento para uma solução diferente de um para outro caso?

O Código Bustamante só poderia ter sido coerente, se, não querendo inovar, tivesse seguido uma ou outra modalidade do sistema personalista. Com a solução que adoptou tornou-se duas vezes criticável: criticável por ter consagrado a lei nacional ou a lei do domicílio — depende das opiniões — criticável, ainda, por ter adoptado um conjunto de soluções que não podem harmonizar-se.

Mas, o conjunto de soluções do Código Bustamante além dos inconvenientes que encerra e do absurdo a que dá origem, perde toda a possibilidade de defesa com a consagração do princípio da imutabilidade no seu art.º 188.º.

Não é chegado ainda o momento para nos pronunciarmos sobre o valor do princípio da imutabilidade dos regimes matrimoniais, mas não podemos passar adiante sem frisar que a sua inclusão no Código Bustamante é, pelo menos, incompreensível. A única salvação —

se salvação é possível — para o sistema do Código, seria, precisamente, seguir o caminho oposto do que seguiu, isto é, não consagrar o princípio da imutabilidade.

É que, se os juristas que intervieram na elaboração do Código Bustamante tivessem visto o absurdo da aplicação ora da lei nacional, ora da lei do domicílio, para hipóteses que, no fundo, são idênticas, poderiam tê-lo remediado se em vez do art.º 188.º tivessem redigido um preceito onde se dissesse, por exemplo, que se os cônjuges se naturalizassem ficariam, *ipso facto*, submetidos ao regime da lei do domicílio. Não teriam encontrado uma solução boa, sem dúvida, mas teriam adoptado uma solução que se poderia explicar e compreender. Ela representaria uma transigência, admissível por parte de países de imigração, em relação ao direito dos numerosos emigrantes que vêm neles estabelecer-se. Transigência, aliás, meramente temporária, porque na grande maioria dos casos, os emigrantes vêm para ficar, e porque os motivos para conceder as cartas de naturalização são, na maior parte dos Estados signatários do Código Bustamante, em grande número, chegando, por vezes, a preceituar-se uma naturalização quase compulsiva.

Se o Código Bustamante consagrasse a mutabilidade dos regimes matrimoniais nos termos expostos, muito embora continuasse a ser inaceitável por transigir com a lei nacional e por adoptar um sistema incoerente, as soluções que preconiza seriam inteiramente compreensíveis devido às características político-sociais dos Estados que o adoptaram.

Tal como se encontra redigido e com a consagração do princípio da imutabilidade, não é mais do que uma tentativa interessante, mas mal desenvolvida e profundamente errada, quando encarada do ponto de vista jurídico; parte de um erro — o que já é mau — para dar, depois, a esse erro todas as condições para que se mantenha — o que é péssimo (24).

(24) Sobre a solução do Código Bustamante, ver J. Lisbonne, *Le régime matrimonial des étrangers mariés sans contrat*, págs. 726 e seguintes.

C — A modalidade da lei do domicílio

Resta-nos, para terminar a análise do sistema personalista, examinar a modalidade deste sistema, que defende a aplicação da lei do domicílio como lei pessoal dos cônjuges.

Tal como vimos acontecer quando estudámos a modalidade da lei nacional, a análise da modalidade da lei do domicílio consiste, fundamentalmente, na exposição e no estudo dos motivos que levam os autores a dar preferência à lei do domicílio como lei pessoal.

Estes motivos que abonam a adopção da lei do domicílio como lei pessoal, já foram por nós expostos quando criticámos os fundamentos em que a teoria da lei nacional se apoia e as razões em que se justifica a sua aplicação. Não os repetiremos aqui. Limitar-nos-emos, agora, a resumir-los.

A aplicação da lei nacional como lei pessoal, foi, como vimos, uma inovação do Código Napoleónico desenvolvida e fundamentada por Mancini. Até ao Código Napoleónico, ou com mais exactidão, desde o Feudalismo até ao Código Napoleónico, quando os autores ou os textos legislativos se referiam à lei pessoal, era sempre na lei do domicílio em que pensavam. Esta maneira de reagir dos autores era tão comum, que não conhecemos quaisquer referências à lei nacional como lei pessoal, no espaço longo de tempo que medeia entre o Feudalismo e o Código Napoleónico. O próprio Bullenois, ao fundar o sistema personalista, nem por momentos sequer, pensou que a sua doutrina pudesse dar origem a uma modalidade defensora da lei nacional como lei pessoal; ao referir-se à lei pessoal queria simplesmente dizer: a lei do domicílio.

A decadência da lei do domicílio iniciou-se, como se disse, com a publicação do Código Napoleónico; recebeu mais tarde de Mancini um profundo golpe, e acabou por extinguir-se a sua aplicação em quase toda a Europa até ao fim do primeiro quartel do nosso século, já por influência dos autores sectários de Mancini, já ainda devido ao crescente e exagerado nacionalismo e à unificação legislativa dos diversos Estados europeus.

Hoje, porém, a reacção contra a aplicação da lei nacional, iniciada sobretudo depois de 1925 e que levou a um salutar renascimento da lei do domicílio, é quase geral nos autores contemporâneos. Por razões várias, como por exemplo, a análise cuidada dos inconve-

nientes a que a lei nacional conduz, a necessidade de reacção contra nacionalismos externos e perniciosos — etc., fizeram com que os autores modernos, depois de ponderarem nas vantagens inegáveis da lei do domicílio, lhe dessem a sua adesão e apoio.

Os motivos principais, geralmente invocados pelos autores que defendem a aplicação da lei do domicílio como lei pessoal, e que já atrás expusemos ao criticar a lei nacional, são, em resumo, os seguintes: melhor defesa dos interesses do indivíduo, da família e da sociedade.

Melhor defesa dos interesses do indivíduo — porque vivendo este num certo meio, num certo ambiente, tem mais vantagem em que se lhe aplique a lei desse meio, desse ambiente, em que está integrado.

Melhor defesa dos interesses da família — porque — por razões idênticas — estando esta estabelecida em certa sociedade e em certo ambiente, a sua vida será muito melhor assegurada se lhe for aplicada a lei que rege essa sociedade.

Melhor defesa dos interesses da sociedade — porque o desenvolvimento desta só poderá fazer-se eficazmente, se os indivíduos que a compõem não estiverem subordinados a leis diferentes.

Todos estes motivos, aqui indicados em resumo, são tomados em consideração pelos autores para preferirem que se aplique às relações patrimoniais dos cônjuges e dos cônjuges com terceiros, o regime legal imposto pela lei do domicílio.

Não nos alongaremos mais na exposição desta modalidade do sistema personalista, nem empreenderemos a análise de diplomas legislativos que a consagram, porque perfilhando nós a solução que esta corrente dá, teremos ocasião de o fazer quando expusermos a nossa maneira de pensar.

§ 4.º

Outras soluções

Muitas têm sido, modernamente, as soluções propostas pela doutrina para resolver o problema da determinação da lei aplicável aos regimes matrimoniais, quando não haja sido celebrada convenção antenupcial, e que não se integram em nenhum dos sistemas que expusemos.

Não as analisaremos, porém, em pormenor, e vamos limitar-nos a indicar algumas apenas, não porque tenham menos interesses muitas dela, mas sim porque se as desenvolvêssemos e estudássemos nos faltaria o tempo para tratar doutras questões que ao problema dos regimes matrimoniais dizem respeito, e que num trabalho da índole do nosso, não podem deixar de ser tomadas em consideração.

Posto isto, vamos passar a indicar algumas das referidas soluções.

Audinet, por exemplo, diz que, em sua opinião, a melhor solução seria a que desse aos cônjuges a possibilidade de escolha entre o regime legal imposto pela lei do domicílio matrimonial e o imposto pela lei nacional, quando estes sejam diferentes, sem haver necessidade de se celebrar uma convenção. Esta escolha deveria ser expressa e teria de ser feita no momento do casamento, e, para tanto, o oficial do registo civil, chamado para celebrar o casamento de um estrangeiro, teria a obrigação de perguntar aos nubentes se queriam as suas relações patrimoniais reguladas pela lei do lugar onde se celebra o casamento ou pela lei nacional do marido sendo a sua resposta mencionada no auto de celebração (25).

Outros autores querem solucionar o problema socorrendo-se da teoria da devolução como correctivo da lei nacional e, então, dizem que a lei aplicável deve ser a nacional, excepto se esta remeter para outra lei.

Autores há, ainda, que, defendendo a aplicação da lei nacional, abdicam dela quando haja um conflito positivo de leis. Isto é, perfilham a aplicação da lei nacional em princípio, mas põem-na de parte quando a lei estrangeira do lugar do domicílio dos cônjuges mande aplicar uma lei diferente.

Henri Bateman dá ao nosso problema a seguinte solução: deve em primeiro lugar ter-se em atenção a lei do lugar em que os cônjuges devem ter pensado ao casar-se, isto é, a lei do seu primeiro domicílio matrimonial, dando-se, porém, aos cônjuges a possibilidade de indicarem por meio de uma inscrição numa repartição competente, qual o regime do lugar em que tiveram, na realidade, a intenção de se fixarem definitivamente, por se ter de admitir que o primeiro domicílio matrimonial pode ser, muitas vezes, encarado pelos cônjuges

(25) Audinet, *ob. cit.*, pág. 265.

apenas como um domicílio provisório. No que diz respeito à validade do regime para com terceiros, diz Bateman, que os interesses destes só podem ser eficazmente protegidos se se exigir a publicidade dos regimes matrimoniais tanto para as hipóteses do regime convencional, como para as de regime legal.

As coisas passar-se-iam assim : se um casal mudar de domicílio, fica obrigado a inscrever nos registos duma repartição competente, o seu regime legal ; se o não fizer ficará, em todas as relações que com terceiros de futuro estabeleça, subordinado ao regime legal imposto pela lei do lugar do novo domicílio (26).

Como se vê, as soluções apresentadas têm interesse e apresentam um esforço louvável no sentido da resolução dos conflitos de leis relativos aos efeitos patrimoniais do casamento. Julgamos, porém, que qualquer delas não é a solução melhor, e que esta se encontra na modalidade da lei do domicílio do sistema personalista. Por isto, e pela razão precedentemente apresentada, não perderemos mais tempo com a sua apreciação e passamos a desenvolver as razões que nos levam a aderir à solução que perfilhámos.

§ 5.º

Razões de preferência do sistema personalista ; solução defendida

O princípio em que se baseia toda a doutrina personalista nas suas duas modalidades, de que tanto os efeitos pessoais, como os efeitos patrimoniais do casamento, devem ser regulados pela mesma lei — a lei pessoal dos cônjuges — devido à estreita conexão existente entre o regime legal e o estatuto pessoal destes, tem sido alvo de fortes críticas por parte de diversos autores.

Assim, para demonstrar que o princípio é erróneo, escreve Lainé : « Não há porventura uma diferença capital entre os efeitos do casamento para os cônjuges e os efeitos do casamento para com terceiros ? Uns estão estreitamente ligados com o casamento ; melhor ainda, são

(26) Henri Bateman, *ob. cit.*, págs. 216 e seguintes.

da própria essência do casamento, tal como o concebe o legislador, por isso são, no mesmo país, comuns a todas as pessoas casadas, porque a lei os regula em termos imperativos e uniformes para todos. Os outros só indirectamente resultam do casamento, cuja consequência directa é apenas uma associação de bens em germe e não definida» (27).

E, no mesmo sentido escreve Henri Bateman: «... o casamento é apenas a causa ocasional necessária do regime, mas... a causa immediata é a vontade dos cônjuges, ou a do legislador, conforme as circunstâncias». E mais adiante precisando melhor a sua crítica, diz: «Com efeito, um estatuto compreende as regras que se impõem à vontade das partes; estas regras não devem poder ser afastadas pelas partes, como por exemplo, as regras de capacidade e de estado. Ora, a liberdade das convenções matrimoniais afasta a possibilidade de incluir em qualquer estatuto as regras referentes aos regimes matrimoniais (28)».

Estas, e outras críticas que têm sido desenvolvidas, em teor mais ou menos idêntico, não nos parecem, contudo, de molde a demonstrar o errado (29) do princípio em que o sistema personalista assenta.

Não temos a menor relutância em aceitar a afirmação de Lainé, quando nos diz que existe uma diferença capital entre os efeitos pessoais e os efeitos patrimoniais do casamento, e, também aceitamos que os primeiros resultam da própria essência do casamento e que os segundos só indirectamente dela provêm. Não temos dúvidas de que as afirmações sejam verdadeiras; não nos parecem, porém, suficientes para demonstrar o erro do princípio personalista.

Efectivamente, do afirmar que os efeitos são diferentes, e que, portanto, não devem ser regulados por uma só lei, até à demonstração das vantagens duma regulamentação dupla, vai uma enorme distância.

Haverá razão para que se regulem por leis diferentes os efeitos pessoais e os efeitos patrimoniais do casamento?

(27) Lainé, *Conférence de la Haye, relative au Droit International Privé*, pág. 913.

(28) Henri Bateman, *ob. cit.*, págs. 113 a 115.

(29) Veja-se Weiss, *Traité Théorique et pratique du Droit International Privé*, vol. III, pág. 550.

Para que aceitássemos uma regulamentação diferenciada seria necessário que nos demonstrassem as vantagens que dela adviriam, e que não se pudessem conseguir com uma regulamentação unitária.

Assim, por exemplo, teria vantagens apreciáveis uma solução que submetesse os efeitos pessoais do casamento à lei nacional do marido e os efeitos patrimoniais à lei do domicílio matrimonial? Haveria que demonstrar, primeiro, que a regulamentação dos efeitos pessoais do casamento, pela lei nacional é vantajosa — o que não aceitamos; por outro lado a subordinação dos efeitos patrimoniais à lei do domicílio — que é uma vantagem real — também pode ser conseguida com uma regulamentação unitária, que teria ainda mais o mérito de afastar a aplicação inconveniente da lei nacional.

E, não havendo vantagens numa regulamentação dupla, dever-se-á pôr de parte o princípio em que se baseia a doutrina personalista, por este ser, como quer Lainé, profundamente errado? Não o cremos.

Se é verdade que os efeitos pessoais e os efeitos patrimoniais do casamento têm natureza diferente, parece-nos, porém, inegável que entre uns e outros há conexão.

Por um lado, derivam ambos directa ou indirectamente do mesmo acto jurídico — o casamento — o que aliás, o próprio Lainé não nega; por outro, contribuem, em conjunto, para o fortalecimento da instituição que no matrimónio há.

Na realidade, tanto as relações pessoais, com as relações patrimoniais que do acto jurídico-casamento emergem — as relações matrimoniais ou conjugais — estão estreitamente interligadas pelo fim comum que visam: a defesa e a unidade de um grupo humano estável e organizado portador de um interesse próprio e superior, — a família — que se constituiu. São, afinal, duas realidades de natureza diversa — uma de natureza pessoal, outra de natureza patrimonial — mas sem as quais esse interesse superior do grupo não poderia ter realização completa.

E, se é assim, se existe uma certa conexão entre as relações patrimoniais e as relações pessoais, resultante duma origem e dum fim comuns e se não são palpáveis as vantagens de uma regulamentação diferenciada, parece-nos preferível uma regulamentação unitária, que além de ser mais simples, visto que manda aplicar uma só lei, contribui poderosamente para a manutenção da unidade familiar, ao

evitar que o interesse superior da instituição, que é um só, esteja subordinado a duas leis diversas — subordinação dupla que os cônjuges quase sempre desconhecem — e que podem mesmo, por vezes, reflectir concepções antagónicas da vida e da organização da sociedade.

A argumentação, que Henri Bateman desenvolve em crítica à solução personalista também não parece convincente.

Se é certo que a causa imediata do regime legal é a vontade do legislador que o elaborou, não podemos contudo, menosprezar o papel primordial que o casamento desempenha.

Um regime matrimonial sem um casamento seria absolutamente inútil, e, encarar este apenas como uma «causa ocasional necessária» não é, de forma alguma, exacto.

O legislador não criou primeiramente um regime matrimonial e depois o acto jurídico casamento, para que aquele pudesse ser realidade; bem ao contrário, foi pelo facto de existir o acto jurídico casamento, criador duma realidade nova e com características próprias muito especiais — a família — que o legislador, sentindo a necessidade imperiosa de a proteger, regulamentou todos os efeitos — pessoais e patrimoniais — a que aquele dá origem.

Portanto, se é verdade que o regime legal deriva da vontade do legislador, não é menos certo que essa vontade só se formou e manifestou porque o casamento existe.

E, sendo assim, afirmar, que os efeitos pessoais fazem parte da essência do matrimónio, porque resultam directamente do acto jurídico casamento, e os efeitos patrimoniais não, porque resultam da vontade do legislador, para concluir depois, que, por isso, devem ser submetidos à regulamentação de leis diferentes, é incorrer num erro manifesto.

Tanto os efeitos pessoais, como os patrimoniais — embora tenham natureza diversa — são consequência inevitável do casamento; a maneira como são regulados é que depende da vontade do legislador. Quer dizer, a causa principal da existência do regime legal é o casamento; a vontade do legislador não é mais do que uma causa accessória, que apenas se manifesta no sentido desse regime ser do tipo X ou do tipo Y.

E, por ser assim, a conexão existente entre os efeitos pessoais e os efeitos patrimoniais, resultante da sua origem e fim comuns, que

justifica a aplicação de uma única lei, continua a ser uma verdade, que, Bateman não conseguiu destruir.

Mas, será exacto que a liberdade concedida aos cônjuges para celebrarem convenções antenupciais aniquila a lógica da subordinação dos efeitos pessoais e patrimoniais a uma lei só?

Não nos parece.

O segundo argumento de Bateman não pode, por si só, ter valor para destruir o princípio que está na base da solução personalista; é apenas um argumento de reforço.

Uma vez refutado o primeiro, isto é, demonstrada a conexão, o segundo, só por si, não convence.

Mas, mesmo assim, como se explica que o legislador tenha permitido que os cônjuges regulem, como quiserem os efeitos patrimoniais do casamento, por intermédio de uma convenção que pode conduzir à aplicação de duas leis diferentes?

A explicação não é difícil.

O legislador, para defender os interesses da família, sentiu, como dissemos, a necessidade premente de regulamentar todos os efeitos que do casamento emergem; regulou os efeitos pessoais e organizou, depois, um regime legal que completasse e se harmonizasse com a regulamentação dos primeiros. Quer dizer, a vontade do legislador foi a de criar, com todas as realidades que gravitam em volta da instituição familiar, e, portanto, lhe dizem respeito, um todo harmónico, integrado na mesma orientação e no mesmo espírito, em homenagem à conexão entre elas existente.

Simplesmente, devido à natureza diversa das relações pessoais e das relações patrimoniais, o legislador não tomou uma atitude uniforme para ambas. Entendeu que a natureza das relações pessoais não podia, para bem da família, compadecer-se com uma regulamentação que não fosse sempre a mesma em todos os matrimónios; mas, compreendeu que para as relações patrimoniais, cujo desenvolvimento está condicionado pelo montante maior ou menor dos bens do casal, pela situação destes bens e pela profissão dos cônjuges, seria preferível, também para a melhor defesa da família, oferecer aos cônjuges a possibilidade de os regulamentarem como quisessem, antes de lhes impor o regime que reputa melhor.

Portanto, a existência de regimes convencionais tem de ser entendida como uma concessão do legislador aos nubentes, para, pelo

menos em teoria, se conseguir uma melhor defesa dos interesses da instituição familiar.

Quer isto dizer, como pensa Bateman, que o princípio personalista esteja errado? Não. As razões que abonam a aplicação duma só lei — a lei pessoal dos cônjuges — a todas as relações emergentes do casamento, mantêm-se de pé e justificam amplamente o princípio. Entendeu-se, porém, não ser conveniente aplicá-lo sempre, rigidamente, e, por isso, o legislador, abdicando temporariamente da solução que lhe parece a melhor, deu aos cônjuges a possibilidade de subordinarem as suas relações patrimoniais a uma lei diferente daquela que regula as suas relações pessoais.

Aliás, os motivos de ordem prática que levam a preferir a aplicação de uma só lei, e o perigo que para a unidade da família representa uma regulamentação dupla, têm num regime convencional menor importância, não só porque os cônjuges conhecem a lei a que quiseram subordinar os seus interesses patrimoniais, como também porque estando indicada na convenção essa lei, facilmente pode ser conhecida pelos terceiros, com quem os cônjuges celebram actos jurídicos, e pelos tribunais que a têm de aplicar.

Não julgamos, portanto, que as críticas, que contra o sistema personalista têm sido dirigidas contenham razões suficientes para pôr de parte a solução que ele preconiza. Pelo contrário, acreditamos ser a sua solução a melhor. Cremos na existência duma estreita conexão entre os efeitos pessoais e os efeitos patrimoniais do casamento, conexão essa derivada, como já por várias vezes afirmámos, duma origem e dum fim comuns; entendemos, também, que a aplicação de uma só lei contribui para a unidade da família; não encontramos vantagens com a subordinação dos efeitos do casamento a duas leis diferentes, que não possam ser conseguidas com a aplicação de uma única lei; achamos lógico que, devendo aplicar-se uma só lei, esta seja a lei pessoal dos cônjuges, porque, sendo esta lei competente para reger a constituição da família legítima, é a mais indicada para reger as consequências dessa constituição. E, porque assim pensamos, julgamos que uma solução boa para a resolução do problema dos conflitos de leis relativos aos efeitos patrimoniais do casamento, quando não haja sido celebrada convenção antenupcial, tem de partir das bases personalistas e integrar-se no sistema personalista.

A nossa adesão aos princípios em que se apoia a doutrina per-

sonalista, não significa, porém, uma completa concordância com o pensamento da grande maioria dos autores que a perfilham. Os autores personalistas, com exceção de Vareilles Sommieres, aceitam, como consequência do sistema em que se integram, a regra da imutabilidade dos regimes matrimoniais; nós, pelo contrário, por razões que indicaremos, entendemos que a lógica da doutrina personalista impõe, pelo menos, a mutabilidade dos regimes legais.

SOLUÇÃO DEFENDIDA

Do que ficou dito, infere-se que a solução que preferimos se integra na modalidade do sistema personalista defensora da aplicação da lei do domicílio como lei pessoal.

As considerações já feitas, dispensam-nos de indicar agora, novamente, os motivos que nos levaram a entender o sistema personalista como o melhor, e a preferir a lei do domicílio à lei nacional. Portanto, justificadas e assentes as razões que determinaram a nossa adesão à modalidade da lei do domicílio dentro do sistema personalista, podemos passar, imediatamente, à exposição pormenorizada da solução que defendemos.

Embora não aceitemos, integralmente, a resolução que a lei federal suíça de 1891 dá aos conflitos de leis relativos aos efeitos patrimoniais do casamento, devemos, desde já, afirmar que foram os artigos que, no referido diploma legislativo, se referem ao problema que nos ocupa, que maior influência tiveram na nossa maneira de pensar.

Portanto, indicada a principal fonte da solução que adoptamos, será naturalmente pela exposição e análise dos preceitos da lei de 25 de Junho de 1891, que começaremos.

As disposições que nos interessam são os art.^{os} 19.^o a 21.^o e o art.^o 31.^o. Diz o art.^o 19.^o: *Sous réserve de ce qui est dit à l'article 20, les rapports pecuniaires des époux entre eux sont soumis, pour toute la durée du mariage à la législation du lieu du premier domicile conjugal, alors même que les époux auraient dans le suite transferé leur domicile dans le canton d'origine. Dans le doute, on considère comme premier domicile conjugal celui du mari au moment où le mariage a été célébré.*

Dans leurs rapports avec les tiers, les époux sont soumis à la législation du lieu de leur domicile :...

Preceitua, depois, o art.º 20.º: *Lorsque les époux changent de domicile, ils peuvent, avec l'assentiment de l'autorité compétente du nouveau domicile, adopter également pour leurs rapports entre eux la législation du nouveau domicile moyennant une déclaration commune faite en ce sens a l'office cantonal compétent.*

La déclaration rétroagit à l'époque où le régime matrimonial a commencé à produire ses effets.

Dispõe, por fim, o art.º 21.º: *Les droits acquis par les tiers à un domicile conjugal, par les actes juridiques particuliers, ne sont nullement modifiés par un changement de domicile des époux.*

E, por último, o art.º 31.º integrado no título segundo da lei intitulado *Des Rapports de Droit Civil des Suisses à l'Etranger*, diz: *Les rapports pécuniaires des époux suisses dont le premier domicile conjugal est à l'étranger sont soumis à la loi du canton, d'origine, pour autant que le droit étranger ne leur est pas applicable.*

Se régime matrimonial établi en Suisse entre époux suisses n'est pas modifié par le transfert du domicile conjugal à l'étranger, pourvu que le droit étranger ne s'oppose pas à son maintien.

Ses époux suisses qui transfèrent leur domicile de l'étranger en Suisse continuent à être soumis, en ce qui concerne leurs rapports entre eux, au régime qui leur était applicable à l'étranger. Ils leur est toutefois loisible de faire usage de la faculté accordée par l'article 20. Leur situation vis-à-vis des tiers est réglée par l'article 10, alinea 2.

Da leitura destes preceitos da bem inspirada lei federal suíça de 25 de Junho de 1891, conclui-se assim que:

- 1.º — O regime legal é determinado pela lei do 1.º domicílio dos cônjuges (A lei do domicílio é a lei pessoal dos cidadãos suíços — art.º 2.º da citada lei) (30).

(30) O conceito de domicílio a que a lei suíça se refere nenhuma relação pode ter, é evidente, com a imperfeitíssima definição do art.º 41.º do Código Civil português. A palavra domicílio deve ser entendida no sentido técnico aperfeiçoado em que, por exemplo, a moderna doutrina portuguesa a entende. Isto é, no sentido de «vínculo jurídico que liga uma pessoa a determinada circunscrição

- 2.º — Em princípio, o regime legal imposto pela lei do primeiro domicílio conjugal, segue os cônjuges para toda a parte.
- 3.º — Nas relações com terceiros ficam os cônjuges submetidos à lei do seu domicílio actual; faz-se, no entanto, ressalva dos direitos adquiridos por outros terceiros ao abrigo da lei do domicílio ou de domicílios anteriores.
- 4.º — Permite-se aos cônjuges, que mudem de domicílio, adoptarem o regime legal do seu novo domicílio, desde que façam em comum uma declaração à autoridade competente.
- 5.º — Na hipótese da lei do país onde os cônjuges se fixaram, lhes recusar a aplicação da lei do seu domicílio matrimonial, regular-se-ão as suas relações patrimoniais e as relações patrimoniais com terceiros pela lei do seu domicílio de origem.

Destas cinco conclusões a que se chega pela análise da lei federal suíça de 25 de Junho de 1891, julgamos inteiramente aceitáveis as que enumeramos de 1.º, 3.º e 5.º.

Vejamos porquê:

Entender que deve ser a lei do domicílio a lei pessoal dos cidadãos de qualquer país, é, sem dúvida, para nós a melhor doutrina; as razões que nos fazem pensar assim já ficaram noutra lugar indicadas.

Aplicar a lei do domicílio dos cônjuges — a lei pessoal — tanto às suas relações pessoais, como às suas relações patrimoniais e às suas relações patrimoniais com terceiros parece-nos, por motivos que também já referimos, a melhor solução.

A nossa concordância com a primeira conclusão está, portanto, inteiramente explicada, não havendo necessidade de mais quaisquer considerações.

Vejamos a terceira conclusão.

Se meditarmos um pouco nas vantagens que com a aplicação da

territorial» ou, como, quer o Prof. Barbosa de Magalhães, «uma relação de direito entre um indivíduo e um lugar determinado».

Não basta, portanto, a simples permanência prolongada para se adquirir o domicílio em determinado país. Só o Estado da *lex fori* tem poder para dizer quem está domiciliado no seu território, para dizer se entre o indivíduo e o lugar onde este reside se estabeleceu ou não o vínculo jurídico que o domicílio é.

lei do domicílio se conseguem para uma melhor e mais eficaz defesa dos interesses do indivíduo, da família e da sociedade em geral, não podemos deixar de concordar com a solução dada pela lei suíça quando estipula que as relações pecuniárias dos cônjuges com terceiros devem ser sempre submetidas à lei do domicílio actual daquelles. Esta solução impõe-se, necessariamente, se se quiser ser coerente com o sistema que se adoptou.

Efectivamente, se se admitiu que a lei do domicílio é a que melhor defende os interesses da sociedade, por se ter reconhecido que o desenvolvimento desta só poderia ser eficaz se os indivíduos que a compõem, estivessem todos submetidos à mesma lei, é lógico que se defenda, a todo o transe, esta indiscutível vantagem que a aplicação da lei do domicílio nos oferece.

Se se applicasse a lei do domicílio unicamente para a determinação do regime legal, e se subordinassem as relações pecuniárias dos cônjuges com terceiros sempre a essa lei, mesmo quando aqueles, por uma justa causa, mudassem o seu domicílio para um país diferente, estar-se-ia a fazer um mau uso da lei do domicílio e cair-se-ia em inconvenientes idênticos aos que a applicação da lei nacional conduz.

Na verdade, constituído novo domicílio conjugal, se as relações patrimoniaes entre os cônjuges e terceiros ficassem submetidas à regulamentação imposta pela lei do primeiro domicílio matrimonial, os terceiros, tal como acontece quando se applica a lei nacional, não poderiam ter a mínima confiança nessas relações das quais teriam de esperar sempre consequências imprevistas e talvez funestas para os seus interesses.

Impõe-se, portanto, que não se olvidem os motivos que levaram a preferir a applicação da lei do domicílio. Estes motivos, quando os cônjuges mudam de domicílio, estão de novo presentes e há que contar com eles. A subordinação das relações pecuniárias entre os cônjuges e terceiros à lei do domicílio actual daqueles parece-nos não só a melhor solução, mas até a única que se harmoniza com o sistema que se escolheu, e a única que defende eficazmente os interesses da sociedade a que os cônjuges passaram a pertencer.

Que, igualmente, se estabeleça a protecção dos direitos adquiridos por terceiros ao abrigo da lei do primeiro domicílio ou de domicílio anterior dos cônjuges, parece-nos disposição inteiramente razoável, que não necessita de justificação.

A 5.^a conclusão também nos parece acertada.

Há quem diga que o direito suíço, quando estipula a subordinação dos cônjuges à lei do seu domicílio de origem, sempre que a lei do país onde estes se foram fixar não preceitua solução idêntica à sua, está a ser incoerente com o sistema que adoptou.

Diz-se: se se submeteu os cônjuges ao direito estrangeiro essa submissão deve verificar-se sempre, havendo que se sujeitar a todas as suas consequências, que, aliás, mais não são do que o resultado da posição que se tomou.

Ora, não é assim. Com a subordinação à lei do domicílio o legislador não quis materializar um capricho seu, mas, tão-sòmente, defender com mais eficácia os interesses dos cônjuges em particular, da família e de terceiros. E, sendo assim, é absolutamente coerente que se abandone a aplicação da lei do primeiro domicílio conjugal, quando esta estipula uma solução que, em vez de beneficiar, prejudique os interesses que se queriam proteger.

Suponhamos, por exemplo, que a lei de conflitos do país onde os cônjuges foram domiciliar-se preceitua que o regime legal deve ser o estabelecido pela lei do lugar da celebração do casamento, por hipótese, situado num terceiro país.

Se se obedecesse ao comando desta lei, todas as vantagens que se pretendiam conseguir com a subordinação à lei do domicílio, ruiam estrondosamente caindo-se nos inconvenientes que se pretendiam evitar.

Parece, portanto, que, num caso como este, é preciso optar pelo mal menor, e escolher a aplicação da lei do domicílio de origem que, levando aos inconvenientes da aplicação da lei nacional, evita, contudo, os inconvenientes muito maiores que, certamente, resultariam da aplicação de uma terceira lei que nenhum ponto de ligação pode ter com a defesa dos interesses dos cônjuges, da família que estes constituíram, ou da sociedade em que vivem.

Já não nos parecem, contudo, as melhores, as conclusões que se tiram da análise da lei federal suíça e que enumerámos de 2.^a e 4.^a.

A aceitação ou não aceitação das conclusões 2.^a e 4.^a está dependente da posição que se tenha tomado em relação ao problema de saber se, em Direito Internacional Privado, se deve ou não admitir a regra da imutabilidade dos regimes legais.

A lei de 25 de Junho de 1891 inclinou-se, como vimos, para uma posição afirmativa ao estabelecer no seu art.º 19.º que, nas relações pecuniárias entre si, ficam os cônjuges submetidos, enquanto o seu matrimónio dure, à lei do seu primeiro domicílio matrimonial. É esta a regra que inequivocamente deriva da letra do preceito.

Notam-se, porém, através de uma simples leitura dos artigos da lei, as dúvidas e hesitações que surgiram no espírito de quem a redigiu, acerca do acerto da consideração do princípio da imutabilidade. A descrença nas virtudes do princípio que se estabeleceu, está patente na ressalva que se faz ao se regulamentarem as relações entre os cônjuges e terceiros, e, sobretudo nas disposições do art.º 20.º, onde se permite aos cônjuges que mudem de domicílio, submeterem-se ao regime legal imposto pela lei do seu novo domicílio, mediante uma simples declaração feita em comum, perante a autoridade local competente.

Não nos parece, como já dissemos, ter sido o caminho seguido pela lei suíça o melhor. Não se teve a coragem de pôr de parte, pura e simplesmente, o princípio da imutabilidade, mas, tendo-se reconhecido no entanto que a sua aplicação gerava grandes inconvenientes, houve que limitar as suas consequências dando aos cônjuges a oportunidade de o evitar. A excepção que no art.º 20.º, se admite ao princípio da imutabilidade tem, assim, o carácter de uma concessão feita aos cônjuges, de uma reparação da injustiça que representa não se ter estipulado para uma eficaz defesa dos seus interesses, o princípio da mutabilidade dos regimes legais.

Afigura-se-nos que teria sido preferível ter seguido o caminho inverso, isto é, estabelecer a regra da mutabilidade, e admitir como excepção a imutabilidade do regime legal dos cônjuges que mudassem de domicílio, se estes entendessem ser o regime, ao qual até aí tinham estado submetidos, o que melhor defende os seus interesses.

Mas, antes de entrarmos na exposição da solução que *de jure condendo* se nos afigura a melhor, vejamos quais as razões que nos levam a repelir o princípio da imutabilidade e a afirmar que o sistema personalista conduz, quando bem entendido, à regra da mutabilidade.

O sistema personalista, como já tantas vezes foi dito, manda, por razões já também várias vezes indicadas, que se aplique, tanto às

relações pessoais como às relações patrimoniais emergentes do casamento, a lei pessoal dos cônjuges. Está, portanto, inequivocamente, expresso no sistema personalista o princípio de que todos os efeitos do casamento ficam subordinados à mesma lei.

Se não se respeitar este princípio — parece-nos — o sistema personalista deixará de contar com a base mais importante em que se apoia.

Ora, sendo assim, o que ninguém ousará negar, julgamos que, uma vez determinada a lei que deve regular todos os efeitos do casamento — a lei pessoal dos cônjuges — é do mais elementar bom-senso admitir, como consequência lógica inevitável, que todos os efeitos do casamento fiquem subordinados à regulamentação que se estipulou, para a lei de que dependem.

Há, portanto, que examinar qual a regulamentação a que as diversas legislações, que adoptam o sistema personalista, submetem a lei competente, isto é, a lei pessoal dos cônjuges.

Verifica-se desse exame, que a lei pessoal é, em todas as legislações personalistas que conhecemos, essencialmente mutável. E, assim, todas admitem que, na hipótese de ambos os cônjuges mudarem, por exemplo, de nacionalidade, os efeitos pessoais do casamento passem a ser regulados, pela sua nova lei nacional, pela sua nova lei pessoal.

Ora, se se admite a mutabilidade da lei pessoal dos cônjuges, e se se tem como assente que, tanto os efeitos pessoais, como os patrimoniais do casamento, lhe devem estar subordinados, parece de boa lógica ter de se admitir também, como consequência necessária das bases de que se partiu, a mutabilidade dos regimes legais.

Esta conclusão afigura-se-nos inevitável e absolutamente nítida.

É, portanto, com estranheza que verificamos que todas as legislações que se integram no sistema personalista consagram a regra da imutabilidade dos regimes legais — (Código Civil alemão, art.º 15.º; a lei marroquina, art.º 15.º; e lei polaca, art.º 14.º; a lei húngara; a 2.ª parte do art.º 2.º da Convenção da Haia de 17 de Julho de 1905; etc., etc.) — embora admitam que os efeitos pessoais passem a ser regulados pela nova lei pessoal.

Invoca-se, no entanto, em defesa desta solução absurda, que está em contradição manifesta com os princípios do sistema personalista, entre outras, uma razão, sem dúvida a principal, que se traduz nesta ideia: há que assegurar aos regimes matrimoniais a maior estabili-

dade possível, porque assim o exige a defesa dos interesses dos cônjuges, da família e dos terceiros.

Terá, porém, fundamento sério esta razão, aparentemente sedutora?

Não o cremos. Vejamos porquê :

Não perderemos tempo com o exame desta razão na hipótese de ter sido a lei nacional a eleita pela lei pessoal. Os inconvenientes a que a aplicação desta lei conduz, são motivo mais do que suficiente para pormos de parte, pura e simplesmente, a sua análise.

Encararemos, portanto, o fundamento da razão alegada somente na hipótese de a lei pessoal ser a lei do domicílio.

Quando encarada sob o ângulo da lei do domicílio a razão afigura-se-nos, imediatamente, como improcedente e até em antinomia com os intuitos que levaram a dar preferência à aplicação desta lei.

Na verdade, tendo-se chegado à conclusão de que a lei do domicílio é a mais indicada, por defender melhor os interesses dos indivíduos e da família, já que, vivendo estes num certo meio, num certo ambiente, têm toda a vantagem em que se lhes aplique a lei do ambiente, a lei do meio em que estão integrados, e, tendo-se reconhecido, igualmente, que os interesses dos terceiros que contratam com os cônjuges só podem ser eficazmente defendidos se as relações que se constituíram entre eles estiverem subordinadas a uma lei que eles conheçam, não se percebe muito bem, como se pode afirmar, depois, que os interesses dos cônjuges, da família e dos terceiros exigem a maior estabilidade dos regimes matrimoniais, absolutamente incompatível com a regra da mutabilidade.

Que se defenda a estabilidade dos regimes matrimoniais, realmente vantajosa sob vários aspectos, compreendemos; mas que se sacrifique a defesa dos interesses dos cônjuges, da família e dos terceiros a essa estabilidade, é que é incompreensível.

Há, portanto, que encontrar uma solução que consagrando a mutabilidade não exclua a estabilidade dos regimes matrimoniais.

Com a análise crítica que desenvolvemos às soluções que a lei suíça estipula, ficou esboçada também a nossa posição em face do problema da determinação da lei aplicável ao regime de bens dos cônjuges, quando não haja sido celebrada convenção antenupcial.

Resta-nos agora precisar a solução que defendemos *de jure condendo*, que, aliás, já se infere do que ficou dito.

Assim, a solução que nos parece ser a melhor, pode resumir-se em cinco pontos que passamos a indicar :

- 1.º — Integramo-nos na corrente personalista ;
- 2.º — Defendemos, dentro do sistema personalista, a modalidade da lei do domicílio ;
- 3.º — O regime legal dos cônjuges deve ser aquele que a lei do primeiro domicílio matrimonial impõe ;
- 4.º — O regime legal deve, em princípio, estar sujeito à regra da mutabilidade, quer no que se refere às relações patrimoniais dos cônjuges entre si, quer às relações patrimoniais entre os cônjuges e terceiros ;
- 5.º — Julgamos que, na hipótese da lei do país onde os cônjuges fixarem o seu primeiro domicílio adoptar uma solução diferente para a resolução do conflito, devem os cônjuges ficar submetidos ao regime legal imposto pela lei do seu domicílio de origem se o lugar deste for comum a ambos, ou, não o sendo, ao regime imposto pela lei do domicílio de origem do marido.

Os motivos que fizeram nascer no nosso espírito a convicção de que é esta solução, condensada nestes cinco números, a melhor, já ficaram, segundo cremos, suficientemente referidos. Agora há, sòmente, que explicar o que queremos dizer quando afirmamos que «o regime legal deve, em princípio, estar sujeito à regra da mutabilidade... no que se refere às relações patrimoniais dos cônjuges entre si...».

As razões que nos levaram a entender dever ser a regra da mutabilidade uma consequência lógica necessária da adopção do sistema personalista e da aplicação da lei do domicílio como lei pessoal, já ficaram, igualmente, precedentemente desenvolvidas, não havendo, portanto, que as expor de novo.

Parece-nos conveniente, no entanto, frisar que a aceitação da regra da mutabilidade dos regimes legais não nos leva ao ponto de não admitir certos aspectos característicos da regra da imutabilidade. Por isso escrevemos : «o regime legal, deve *em princípio*, estar sujeito à regra da mutabilidade...».

E, porque assim pensamos, propomos que, *de jure condendo* se estabeleça como regra a mutabilidade dos regimes legais, dando-se,

todavia, aos cônjuges que adquiram um novo domicílio, caso queiram continuar submetidos ao regime matrimonial que até então regulava as suas relações patrimoniais, a possibilidade de o registarem numa repartição competente para esse fim.

Na prática, as coisas passar-se-iam da seguinte forma: se, num prazo fixado, esse registo não houvesse sido feito, considerar-se-iam os cônjuges imediata e automaticamente subordinados ao regime legal que a lei do novo domicílio impusesse. Os direitos adquiridos por terceiros e a validade dos actos praticados pelos cônjuges à sombra do regime anterior seriam respeitados.

A esta nossa solução objectar-se-á, talvez, dizendo não poder ser ela procedente, visto que conduz, em regra, à subordinação a dois ou mais regimes matrimoniais no decurso do mesmo matrimónio, facto que gera os maiores inconvenientes para a vida familiar, e as maiores complicações quando tiver de se fazer a liquidação do património do casal, em caso de morte, separação judicial de pessoas e bens ou de divórcio.

Contudo, esta possível crítica não nos parece com força suficiente para destruir as razões em que apoiamos a solução que preferimos.

Assim, julgamos ter demonstrado que o sistema personalista impõe, como consequência lógica necessária dos princípios em que, assenta, a mutabilidade dos regimes legais; que a defesa dos interesses dos terceiros, que com os cônjuges contratam, só pode ser eficaz se aqueles estiverem subordinados a uma lei que deles seja conhecida; que os cônjuges, por sua vez, têm toda a vantagem em que lhes seja aplicado o regime legal estabelecido pela legislação da sociedade em que passaram a viver.

Também para o Estado resulta enorme vantagem, se todos os cônjuges domiciliados no seu território, que não tenham celebrado uma convenção antenupcial, estiverem em regra, submetidos ao regime legal por ele consagrado. Pierre Louis Lucas exprime claramente esta verdade ao escrever: «o que é essencial para um Estado, é ser senhor no seu território, é poder impor a todos, no interior das suas fronteiras, sem que a qualidade de estrangeiro possa servir de obstáculo a isso, o respeito, pelo regime social considerado necessário à salvaguarda e ao desenvolvimento normal da sua existência (31)».

(31) Pierre Louis-Lucas, *L'imperieuse territorialité du Droit* — em *Revue critique de D. Intern.*, 1935, pág. 649.

Parece-nos, portanto, que todas as razões que justificam a mutabilidade dos regimes legais não foram, nem ao de leve, afectadas, e que não é legítimo argumentar dizendo que, se se abandonar a regra da imutabilidade, se originam inconvenientes extremamente graves para a vida da família.

A crítica poderá, à primeira vista, impressionar, quando põe em relevo que a possível subordinação a dois ou mais regimes legais dá origem a sérias complicações, *maximé* quanto à liquidação do património conjugal.

Mas, se bem se reparar, não se pode deixar de notar que foi exactamente porque previmos esse inconveniente que, na solução proposta, conferimos aos cônjuges a possibilidade de não mudarem de regime; se as complicações surgirem elas só poderão ser imputadas ou à sua vontade ou ao seu desleixo.

Entre os motivos poderosos que justificam a nossa construção e o inconveniente apontado, sentimos que não podia haver hesitações!

Aliás, o perigo apontado, de uma possível subordinação a dois ou mais regimes, é mais teórico do que real. Modernamente, a aquisição de um novo domicílio em país estrangeiro, devido talvez sobretudo, à facilidade com que muitos milhões de pessoas perderam a sua nacionalidade e ao formidável contingente de apátridas que, nos nossos dias, vagueiam pelo mundo, é extraordinariamente difícil, e os Estados, onde os cônjuges foram habitar, condicionam por razões de autodefesa, quase sempre, à sua vontade essa aquisição. Ela não será, portanto, muito frequente.

Por outro lado, é evidente, que a simples residência duradoura ou passageira, é irrelevante para a aplicação da regra que propuemos.

Poder-se-ia, ainda, acusar a nossa solução de contraditória, visto que, baseando-se na regra da mutabilidade por ser esta a única que defende convenientemente os interesses dos cônjuges, de terceiros e do Estado, acaba, afinal, por admitir a imutabilidade dos regimes legais.

Também esta acusação não tem razão de ser.

Quando permitimos que o regime legal se mantenha o mesmo, exigimos, concomitantemente, que os cônjuges façam o seu registo numa repartição para tal fim competente.

Ora, com esta exigência pretendemos, bem vistas as coisas, apenas salvaguardar os interesses do Estado e dos terceiros.

Efectivamente, pelo registo obrigatório e pela sua consequente publicidade, o regime legal estranho, deixou de apresentar os inconvenientes que lhe apontámos, porque a lei que o regula passou a poder ser facilmente conhecida de terceiros, e porque o Estado, tal como em relação aos regimes convencionais, adquiriu imediata e perfeitamente o conhecimento das leis a que os cônjuges estão sujeitos, e acerca das quais, no que se refere à sua aplicação no seu território, pode dizer a última palavra.

Se os interesses dos cônjuges ficam, desta forma, menos acautelados, é problema que não nos pode preocupar, visto que pela liberdade de escolha que se lhes deu, a defesa dos seus interesses só a eles ficou a pertencer.

Julgamos, assim, que a nossa solução, sem por um momento sequer a supormos perfeita, resolve de maneira eficaz o problema dos conflitos de leis relativos aos efeitos patrimoniais do casamento, quando não haja sido celebrada convenção antenupcial.

CAPÍTULO II

LEI APLICÁVEL QUANDO HAJA SIDO CELEBRADA CONVENÇÃO ANTENUPCIAL

- § 1.º — *Colocação do problema.*
- § 2.º — *Principais soluções apresentadas pela doutrina.*
- § 3.º — *Análise das soluções doutrinárias.*
- § 4.º — *A solução do Código Civil Português.*
- § 5.º — *Solução adoptada.*

§ 1.º

Colocação do problema

A determinação da lei aplicável ao regime de bens estipulado pelos cônjuges, problema de que nos vamos ocupar neste capítulo não suscita sempre as mesmas dificuldades. Com efeito, se, por um lado, há hipóteses em que essa determinação se faz muito facilmente,

por outro, casos existem em que ela se torna extremamente difícil.

Neste parágrafo preliminar o nosso objectivo é, precisamente, distinguir essas hipóteses umas das outras, para, eliminando as que não originam dificuldades e cujo estudo, portanto, não oferece interesse, nos preocuparmos unicamente com as outras.

Na verdade, uma vez celebrada uma convenção antenupcial, três hipóteses, fundamentalmente, se podem dar :

A) Os cônjuges, além do seu regime de bens, estabeleceram na convenção a lei que lhe é aplicável.

Aqui não existem, evidentemente, dificuldades. Os cônjuges manifestaram, total e claramente, a sua vontade e ao intérprete bastará ler a convenção celebrada para que fique elucidado.

B) Os cônjuges não indicaram, expressamente, qual a lei aplicável ao regime dos seus bens, mas redigiram a sua convenção antenupcial de maneira que se possa inferir a sua completa vontade.

Também nesta hipótese as dificuldades não são de monta.

Igualmente, a leitura da convenção é suficiente para o intérprete tomar conhecimento da lei aplicável ao regime de bens escolhido.

C) Os cônjuges limitaram-se a indicar um regime de bens, sem especificar expressamente qual a lei que lhe há-de ser aplicável e sem introduzir na convenção antenupcial cláusulas donde essa lei pudesse ser depreendida (32).

As dificuldades são agora as maiores. Não tendo sido indicada pelos cônjuges a lei aplicável, e não havendo, na convenção, meios para a determinar, temos de nos socorrer de um critério que possa substituir ou descobrir a vontade que não foi expressamente manifestada. O problema da determinação da lei aplicável ao regime convencional tem, portanto, agora, a maior acuidade.

Feita esta distinção, e limitado o campo do nosso estudo, estamos aptos a prosseguir.

Como é óbvio, a nossa atenção fixar-se-á apenas na última hipótese que considerámos, visto ser esta a única em que a determinação de lei aplicável aos regimes convencionais origina um problema com interesse.

(32) Henri Bateman, *ob. cit.*, pág. 217.

§ 2.º

Principais soluções apresentadas pela doutrina

As mais importantes soluções apresentadas pela doutrina para a solução do problema (33) que neste capítulo nos ocupa, são as dadas pelos sistemas personalista e electivista, de que tratámos no capítulo anterior.

O sistema personalista dá para os regimes convencionais a mesma solução que para os regimes legais. Na hipótese de na convenção antenupcial não constar referência, directa ou indirecta, à lei que os cônjuges quiseram aplicar ao seu regime de bens, aplicar-se-á, injuntivamente, a sua lei pessoal.

Também aqui o sistema personalista se subdivide em duas modalidades: a modalidade da lei nacional e a modalidade da lei do domicílio.

(33) É evidente que para o problema da determinação da lei aplicável aos regimes convencionais poder surgir, se tem de supor que a legislação competente para regular a capacidade dos nubentes consagra, tanto em direito interno, como em Direito Internacional Privado, o princípio duma ampla liberdade não só de celebração, como também de estipulação de convenções antenupciais.

Se, efectivamente, essa legislação, contiver um preceito em que se proíba aos nubentes estipularem, na sua convenção antenupcial, a subordinação do seu regime de bens a uma outra lei, o problema não pode chegar a pôr-se. Mesmo que não haja sido indicada a lei aplicável, esta lei está sempre determinada por força daquele preceito.

A generalidade das legislações consagra o princípio da liberdade das convenções em Direito Internacional Privado. Sòmente o Código alemão (art.º 1.433.º) e o antigo Código italiano (art.º 1.381.º) continham disposições em que se proibia aos cônjuges seus nacionais a estipulação, por referência geral, da subordinação do seu regime de bens a uma lei estrangeira.

A Convenção da Haia de 17 de Julho de 1905 também se refere e admite a não consagração do princípio da liberdade das convenções em Direito Internacional Privado. Lê-se no seu art.º 5.º (2.ª parte): «A mesma lei (a lei nacional) decide se, e dentro de que limites, têm os cônjuges a liberdade de se reportar a outra lei...».

No entanto, dado o reduzido número de legislações que não consagram o princípio, a análise do problema de que estamos a tratar não perde a sua acuidade.

A primeira impõe a aplicação da lei nacional dos cônjuges ou a lei nacional do marido, consoante os cônjuges tenham ou não a mesma nacionalidade (Código Civil Português, art.º 1.106.º, o *dahir* marroquino, art.º 14.º, a lei polaca, art.º 15.º, etc., etc.); a segunda impõe a aplicação da lei do primeiro domicílio matrimonial (Lei suíça de 25 de Junho de 1891, art.º 19.º) (34).

O Código Bustamante indica para o problema estudado precedentemente, uma solução intermédia de idêntico conteúdo: se os cônjuges têm a mesma nacionalidade — lei nacional —; se os cônjuges têm nacionalidade diversa — lei do primeiro domicílio matrimonial (art.º 17.º) (35).

O sistema electivista, partindo do princípio da autonomia, entende que a determinação da lei aplicável deve ser feita, só e unicamente, a partir da manifestação tácita ou expressa da vontade dos cônjuges.

Esta manifestação da vontade expressa ou tácita, existe sempre, e, aqui, porque se trata de regimes convencionais, sem possível contestação. Ao jurista compete descobrir a todo o custo essa vontade, socorrendo-se, se for caso disso, de presunções: se os cônjuges no momento do casamento, têm a mesma nacionalidade, presumir-se-á terem eles querido referir-se à sua lei nacional comum; se têm nacionalidade diferente, será lógico supor ter sido a sua vontade a de que se aplique a lei do seu primeiro domicílio matrimonial.

Estas ou quaisquer outras presunções não têm carácter absoluto, e não funcionarão, portanto, se da análise dos factos resultar ter sido diversa a vontade dos cônjuges.

A solução da doutrina electivista é geralmente seguida pela jurisprudência francesa.

Vê-se, assim, deste rápido enunciado das principais soluções que a doutrina tem apresentado para a resolução do problema da determinação da lei aplicável aos regimes convencionais, que elas são, fundamentalmente, idênticas às propostas para a resolução do problema de que nos ocupamos no capítulo anterior. Não perderemos, portanto, mais tempo com a sua exposição.

(34) Citadas por Audinet, pág. 266, *ob. cit.*

(35) Audinet, *ob. e lug. cit.*

§ 3.º

Análise das soluções doutrinárias

Poderia parecer que, sendo, como dissemos, fundamentalmente idênticas as soluções apresentadas pela doutrina para a resolução dos problemas da determinação da lei aplicável quer aos regimes legais, quer aos regimes convencionais, não tem aqui, também, cabimento a sua análise, por mais não ser do que uma repetição do que já dissemos.

Não é, contudo, inteiramente assim.

Em relação ao sistema personalista nas suas duas modalidades, efectivamente, nada mais há a dizer ; a sua análise representaria, na verdade, uma inútil repetição. Já não é, todavia, inútil, a análise do sistema electivista.

É que para se fazer a apreciação do bom ou mau fundamento da solução proposta pelo sistema electivista para a resolução do problema da determinação da lei aplicável aos regimes convencionais, não basta reproduzir o que ficou dito no capítulo anterior. Há que contar agora com um elemento novo, muitíssimo importante, que pode modificar completamente a opinião que se desenvolveu em crítica à doutrina da autonomia da vontade ; referimo-nos à existência duma convenção antenupcial.

Na verdade, sendo a convenção antenupcial um contrato, contrato pelo qual os esposados estabelecem o regime matrimonial que ficará vigorando após o seu casamento, a crítica que desenvolvemos contra o entendimento dado pelo sistema electivista ao princípio da autonomia da vontade, hipertrofiado na ideia da convenção tácita, não pode, manifestamente, ter base agora.

Estamos perante um acto jurídico que, não obstante as suas características particulares, é, fundamentalmente, um contrato. Não parece, portanto, descabido defender a opinião de que lhe devem ser aplicadas as regras estabelecidas para os contratos. E, se, é assim, e se, em Direito Internacional Privado, para a determinação da lei aplicável aos contratos, se atende sempre à vontade dos contraentes, quer esta seja expressa ou tácita, justifica-se, plenamente, que em relação às convenções antenupciais, que são contratos, se siga uma atitude idêntica.

Julgamos, por conseguinte, que a solução electivista, quando encarada em relação aos regimes convencionais é inteiramente defensável, visto partir dum fundamento jurídico verdadeiro e se apoiar numa lógica que facilmente se acolhe.

Não a aceitamos, no entanto.

É que, muito embora sendo a convenção antenupcial um contrato, não podemos abstrair das características e objectivos particulares que lhe são próprios, e que, em nosso entender, impõem uma solução diferente da adoptada para os contratos em geral.

Com efeito, a convenção antenupcial, destinando-se, unicamente, a regular as relações patrimoniais dos cônjuges entre si e dos cônjuges com terceiros, está, segundo nos parece, inequivocamente, em ligação estreita com a organização da instituição familiar (36).

Na convenção antenupcial não está sòmente em jogo o interesse egoísta de cada um dos cônjuges, está também, e principalmente, o interesse superior da instituição familiar. Ou melhor, está em jogo a regulamentação dos interesses patrimoniais do grupo humano organizado que os cônjuges vão constituir.

Portanto, dado o fim, especialíssimo e importantíssimo, que a convenção antenupcial visa, compreende-se e justifica-se que o legislador a sujeite, em atenção ao superior interesse da família que há que proteger, a um regime próprio, diferente do que estipulou para os outros contratos.

Não se nega a autonomia da vontade dos cônjuges, mas não se permite que essa vontade, como acontece nos outros contratos, leve às últimas consequências.

Uma vez que a vontade dos cônjuges não se manifestou completamente, o legislador, na defesa da instituição familiar, tem que a substituir onde ela falte e impor a solução que ele reputa melhor. O interesse da família tem uma importância demasiadamente transcendente para poder compadecer-se com uma solução baseada em presunções falíveis e dependente dos critérios variáveis de cada juiz. É preferível, portanto, uma solução rígida, portadora de uma salutar segurança e certeza, que, embora muitas vezes não coincida com a vontade que os cônjuges não souberam manifestar, tem o mérito de contribuir para a estabilidade da vida da família.

(36) No mesmo sentido Pilllet et Niboyet, *ob. cit.*, pág. 598.

Esta razão de natureza social afigura-se-nos suficiente para reperlirmos a solução electivista que sendo embora aceitável do ponto de vista jurídico, traria, na prática, inconvenientes muito graves por não a ter tomado em consideração.

§ 4.º

A solução do Código Civil Português

O Código Civil Português, como já atrás dissemos, dá uma solução, para o problema da determinação da lei aplicável aos regimes convencionais, que se integra no sistema personalista da modalidade da lei nacional.

Esta afirmação carece, contudo, de ser demonstrada; é o que vamos passar a fazer.

Julgamos que a solução personalista está consagrada no nosso Código nos art.ºs 1.096.º e 1.106.º.

Diz, com efeito, o art.º 1.096.º: «É lícito aos esposos estipularem antes da celebração do casamento, e dentro dos limites da lei, tudo o que lhes aprouver relativamente a seus bens».

Consagra-se, portanto, com toda a amplitude o princípio da autonomia da vontade, que permite aos cônjuges estipularem, não só os regimes regulados expressamente na lei, como também todo e qualquer outro.

Mas, qual será o alcance da expressão «dentro dos limites da lei»? Quererá ela significar que se proíbe aos cônjuges a referência a uma lei estrangeira?

Julgamos que com a expressão «dentro dos limites da lei» o legislador quis apenas ressaltar as disposições de interesse e ordem pública da lei portuguesa a que os cônjuges estão sujeitos, nomeadamente os art.ºs 1.103.º, 1.104.º e 1.105.º. Se tivesse querido estipular a proibição da referência a uma lei estrangeira, dada a gravidade desta matéria, tê-la-ia estabelecido, certamente, por disposição expressa.

Como esta disposição expressa não existe, e a expressão «dentro dos limites da lei» não pode ter um alcance diferente daquele que lhe atribuímos, e que aliás é o entendimento comum da nossa doutrina, cremos estar consagrado no nosso Código o princípio da ampla

liberdade de celebração e estipulação de convenções antenupciais e, conseqüentemente, a permissão dada aos cônjuges de subordinarem o regime que escolheram a uma lei estrangeira.

Preceitua, depois, o art.º 1.106.º (1.ª parte): «As convenções antenupciais, estipuladas em país estrangeiro, entre súbditos portugueses, regulam-se pelas disposições da presente secção...».

Qual o alcance desta disposição? Estará ela em contradição com o que afirmámos a propósito do art.º 1.096.º?

Dada a imperfeitíssima e incompletíssima redacção do art.º 1.106.º (1.ª parte) há que analisar este preceito com a máxima cautela, para evitar conclusões precipitadas que uma leitura menos atenta poderia, facilmente, originar.

Assim, e em primeiro lugar, poder-se-ia ser levado a pensar estar consagrada neste artigo a proibição dos cônjuges se referirem a uma lei estrangeira.

Não nos parece, contudo, ser este o alcance do art.º 1.106.º. Três razões, fundamentalmente, nos convencem da falsidade deste entendimento:

a) Se no art.º 1.106.º se tivesse estipulado a proibição da referência a uma lei estrangeira, este preceito estaria, indubitavelmente, em contradição com o disposto no art.º 1.096.º, que a generalidade dos autores interpreta como nós. Ora, é pouco natural, que o legislador tenha feito uma afirmação categórica no art.º 1.096.º — disposição chave de toda a Secção V, do Título II, do Livro II da Parte II do Código Civil — para, pouco depois, fazer outra em sentido totalmente diverso.

b) Mesmo que a vontade do legislador fosse a de, por meio de uma disposição com carácter nitidamente excepcional em relação aos art.ºs 1.096.º e segs., proibir a referência a uma lei estrangeira, não se compreenderia bem, dada a gravidade e a importância dessa proibição, que a não tivesse consignado expressa e inequivocamente.

c) O entendimento que criticamos só seria legítimo — devido às dúvidas que suscita e à pouca lógica em que assenta — se fosse de todo impossível outro mais racional e mais em harmonia com o espírito que informou a redacção de toda a Secção V manifestado claramente no art.º 1.096.º.

Posto de parte o entendimento referido, vejamos como se deve interpretar, em nosso entender, o art.º 1.106.º (1.ª parte).

Julgamos, em primeiro lugar, que não existe contradição alguma, entre a citada disposição e o art.º 1.096.º, quando estipula: «As convenções antenupciais... regulam-se pelas disposições da presente secção», o artigo quer frisar indubitavelmente, que os cônjuges portugueses ao celebrarem convenções antenupciais no estrangeiro podem fazê-lo com a liberdade que a lei portuguesa lhes confere, e, portanto, se nas convenções antenupciais celebradas em Portugal os cônjuges podem estipular o que lhes aprouver relativamente a seus bens (art.º 1.096.º), o alcance imediato do art.º 1.106.º é alargar às convenções antenupciais celebradas por portugueses no estrangeiro a permissão que o art.º 1.096.º consigna. O art.º 1.106.º, portanto, esclarece e completa o art.º 1.096.º.

Mas, o alcance do artigo não é apenas esclarecer e completar o art.º 1.096.º; quando diz: «...regulam-se pelas disposições desta secção» está a remeter para todas essas disposições, e, por conseguinte, para as que impõem limitações à liberdade consignada no art.º 1.096.º, nomeadamente para os art.ºs 1.103.º, 1.104.º e 1.105.º. E, assim, embora permitindo que os cônjuges subordinem o seu regime matrimonial a uma lei estrangeira, proíbe a aplicação desta lei sempre que for contrária às disposições de interesse e ordem pública estabelecidas na lei portuguesa.

Por outro lado ainda, como o art.º 1.106.º não exclui a aplicação de nenhum dos preceitos da secção a que pertence, está a referir-se também ao art.º 1.107.º. Ora, sendo assim, dizendo este respeito na sua letra, unicamente, aos regimes legais, há que interpretá-lo extensivamente de modo a harmonizá-lo com a imposição preceituada no artigo precedente.

Se fizermos essa interpretação extensiva temos de entender que o art.º 1.107.º quando na sua letra diz: «... e nada declararem nem estipularem os contraentes relativamente a seus bens...», queria também dizer: «ou, tendo estipulado não indicaram, contudo, a legislação aplicável» «entender-se-á, que casaram conforme o direito comum do país do cônjuge varão, etc.».

Portanto, uma vez feita a interpretação extensiva do art.º 1.107.º, e legitimada esta em virtude da necessidade de o integrar na referência genérica estipulada no art.º 1.106.º, chega-se através da análise das disposições do nosso Código a uma solução precisamente idêntica à que o sistema personalista, na modalidade da lei nacional, prece-

niza : a aplicação, ao regime convencional, da lei nacional dos cônjuges ou da lei nacional do cônjuge varão — se a sua nacionalidade não for idêntica — sempre que da convenção antenupcial não constar referência à lei aplicável. Daí, termos afirmado que o Código Civil Português se integra neste sistema.

Ao conteúdo da solução do nosso Código, à parte o erro, comum a todos os problemas de Direito Internacional Privado, de consignar a lei nacional como lei pessoal, nenhuma crítica há a fazer. Julgamos inteiramente acertado ter-se conseguido o sistema personalista, que reputamos o melhor. Lamentamos, contudo, a maneira imperfeitíssima como estão redigidas as disposições legais e o pouco cuidado que ao legislador mereceu uma matéria com a gravidade e com a importância que tem o problema da determinação da lei aplicável aos regimes convencionais.

§ 5.º

Solução adoptada

Do que ficou escrito nos parágrafos precedentes, facilmente se infere qual a nossa posição em face do problema que neste capítulo tem prendido o nosso espírito. Tal como em relação ao problema da determinação da lei aplicável aos regimes legais, julgamos que, também agora, é a solução preconizada pelo sistema personalista na modalidade da lei do domicílio, a que melhor resolve mais este conflito de leis relativo aos efeitos patrimoniais do casamento.

Nada há — sabemos-lo bem — que imponha soluções idênticas para os dois problemas. Podíamos, portanto, em cada capítulo ter seguido correntes diversas. Não tomámos, porém, essa atitude, não porque obedecêssemos a uma ideia preconcebida, mas tão-sòmente porque se mantêm os motivos que nos fizeram inclinar no capítulo anterior para a solução do sistema personalista na modalidade da lei do domicílio.

Não temos agora que indicar mais uma vez esses motivos ; julgamos estar suficientemente esclarecida a nossa maneira de ver.

Há, contudo, um ponto a que queremos aludir em particular e acerca do qual nada dissemos neste parágrafo. Referimo-nos à nossa posição em face da regra da imutabilidade.

Contrariamente ao que aconteceu no capítulo anterior, em que defendemos a estipulação da regra da mutabilidade, cremos que, para os regimes convencionais, é a regra da imutabilidade das convenções antenupciais que deve prevalecer.

As razões que nos levaram a inclinar para o estabelecimento da regra da mutabilidade dos regimes legais eram, em resumo: uma melhor defesa dos interesses dos cônjuges que têm toda a vantagem em estar submetidos ao regime legal imposto pela lei do seu novo domicílio, visto que o regime legal do seu primeiro domicílio matrimonial não tendo sido elaborado para o meio social em que os cônjuges passaram a viver, e, não sendo conhecido, ou, sendo de difícil conhecimento por parte dos terceiros com quem pretendem contratar, não pode defender eficazmente os seus interesses; melhor defesa dos interesses dos terceiros, que, sabendo qual o regime de bens a que as relações patrimoniais dos cônjuges estão submetidas, têm obrigação de conhecer todas as consequências que desse regime emergem, e, portanto, a possibilidade de se acautelarem; melhor defesa da sociedade que tem todo o interesse em que no seu seio não sejam automaticamente aplicadas leis de difícil conhecimento, e, possivelmente, em contradição com os princípios que a regem.

Ora, estas razões que reputamos decisivas para a preconização da regra da mutabilidade em relação aos regimes legais, perdem todo o seu valor em face dos regimes convencionais. Dada a existência duma convenção antenupcial, todos os inconvenientes que resultavam, na prática, do estabelecimento da regra da imutabilidade para os regimes legais, não têm cabimento em relação aos regimes convencionais.

Efectivamente, a maior ameaça, o maior perigo para os interesses dos cônjuges, e terceiros e da sociedade, provinha do desconhecimento ou do deficiente conhecimento das normas reguladoras do regime de bens; se essas normas e esse regime constarem de uma convenção, e se estiver organizada a publicidade obrigatória, tanto das convenções celebradas em Portugal, como das convenções celebradas no estrangeiro quando os cônjuges vierem estabelecer-se no nosso país,— julgamos uma necessidade prementíssima a organização da publicidade obrigatória das convenções antenupciais, infelizmente, tão mal regulamentada entre nós— é evidente que, a ameaça, o perigo do

desconhecimento do regime de bens dos cônjuges, deixou, imediatamente de existir.

Além disso, é preciso não esquecer que o regime de bens constante da convenção é um produto exclusivo da vontade dos cônjuges, ao invés do regime legal, que lhes é imposto. É, portanto, natural que uma vez escolhido certo regime, os cônjuges, porque julgam ser ele o que mais eficazmente defende os seus interesses, queiram continuar a mantê-lo. Se se exigisse a mutabilidade de todo e qualquer regime matrimonial, estar-se-ia, sem dúvida, a violentar uma vontade legitimamente manifestada e, na maior parte dos casos, a prejudicar a defesa dos interesses dos cônjuges, que estes, melhor do que ninguém, devem saber organizar.

Assim, dado que os regimes convencionais são o resultado da livre manifestação da vontade dos nubentes, dado que o conhecimento das normas que os regulam está facilitado, por constarem da própria convenção e por supormos obrigatória a publicidade desta, dado que, finalmente, o Estado, por intermédio dos serviços de registo e publicidade das convenções, tem a possibilidade de fiscalizar o seu conteúdo, e, portanto, de impedir imediatamente que sejam aplicadas leis que estejam em contradição com os princípios que prossegue, julgamos que os motivos que nos fizeram pensar ser inconveniente para os regimes legais a regra da imutabilidade, não podem, em relação aos regimes convencionais, ter, manifestamente, cabimento.

Mas, sendo de rejeitar, para os regimes convencionais, a regra da mutabilidade dos regimes matrimoniais, deverá ser consagrada a da imutabilidade ?

Em princípio, julgamos que sim, embora sem a rigidez com que o nosso Código Civil a estabelece.

Existem, na verdade, razões poderosas a justificarem a sua consagração nos regimes convencionais.

Em primeiro lugar, e é esta a razão que se nos afigura mais importante, o legislador deve, na medida do possível, salvaguardar os interesses de cada um dos cônjuges, protegendo-os contra a influência abusiva que pelo outro pode ser exercida.

Esta influência dum cônjuge sobre o outro — normalmente do marido sobre a mulher — é, efectivamente, uma consequência natural da estreita comunhão de vidas que pelo casamento se cria, sendo, portanto, de reear que o cônjuge, senhor dessa influência, se aproveite

dela para, em seu benefício, fazer modificar o regime de bens anteriormente estabelecido, e que era o resultado da união da sua vontade, com a vontade, então livre, do outro cônjuge (37).

Pode objectar-se, no entanto, dizendo que, afinal, esta razão que nos faz inclinar para a consagração da regra da imutabilidade dos regimes convencionais também existe em relação aos regimes legais, não sendo, portanto, compreensível uma mudança de atitude da nossa parte.

Não é, porém, inteiramente, assim.

Que a razão que agora invocamos também se faz sentir em relação aos regimes legais, não contestamos. Contestamos sim, que ela tenha em relação às duas espécies de regimes idêntica importância.

Nos regimes convencionais, como procuramos demonstrar, a sua importância é muitíssimo grande; nos regimes legais, porém, não só porque estes derivam exclusivamente da vontade do legislador, mas ainda devido à existência de motivos fortes que impõem a adopção da regra da mutabilidade, a importância da razão invocada é, manifestamente, muito menor.

Assim, se, pela influência exercida por um cônjuge sobre o outro, estes acordarem em mudar de domicílio, e, consequentemente adquirirem um novo regime legal — conforme defendemos no capítulo anterior — não se pode afirmar ter havido possível coacção por parte do cônjuge, possuidor dessa influência, sobre a vontade do outro. A vontade deste último nunca se manifestou, e, é, portanto, praticamente, inexistente, visto que o regime legal é apenas, pelo menos em princípio, produto da vontade do legislador. Não se pode, portanto, falar em «influência abusiva» dum cônjuge sobre a vontade do outro, visto não termos o mínimo conhecimento acerca da anterior vontade deste último; pode sim haver «influência», manifestada no sentido da mudança do domicílio, mas que não podemos classificar de «abusiva», e, que, juridicamente, não oferece o menor interesse.

Mas, mesmo admitindo que o raciocínio que acabamos de expor não seja convincente, basta, segundo cremos, comparar o valor dos motivos que apresentamos para a não adesão à regra da imutabili-

(37) *Prelecções*, Prof. Doutor Paulo Cunha, publicadas por Raul Ventura, Raul Marques e Júlio Salcedas, págs. 630 a 633.

dade em relação aos regimes legais, com o valor da razão invocada para a preconização desta mesma regra em relação aos regimes convencionais, para termos de reconhecer a maior importância daquele. E, se é assim, não podia haver hesitações: a única solução plausível era a do afastamento da regra da imutabilidade em relação aos regimes legais.

A outra razão que apresentámos para justificar a adopção da regra da imutabilidade para os regimes convencionais, é a de que é vantajoso para os cônjuges, se o regime que adoptaram é de fácil conhecimento por parte dos terceiros com quem contratam — caso dos regimes convencionais — terem as relações patrimoniais submetidas durante todo o matrimónio às mesmas regras jurídicas.

Efectivamente, da subordinação a um só regime matrimonial deriva esta vantagem: a simplicidade. Simplicidade nas relações dos cônjuges entre si, simplicidade na liquidação dos bens do casal em caso de morte de um ou de ambos, de separação judicial de pessoas e bens, e de divórcio (38).

Esta vantagem parece-nos da máxima importância, mas é tão evidente, que não há necessidade de a demonstrar e justificar. Mais nada, portanto, diremos a seu respeito.

A razão por que a não tomamos em consideração para os regimes legais, apesar da importância que tem, é a mesma que há pouco expusimos: a existência de motivos ainda mais fortes — como a necessidade de uma eficaz defesa dos interesses de terceiros, quando o regime dos cônjuges não possa ser conhecido, etc., etc. — que a sobrelevam e a põem de parte.

Como em relação aos regimes convencionais esses motivos não têm cabimento, ela não deve agora ser afastada, mas sim ser tomada em consideração.

A nossa adesão à consagração da regra da imutabilidade para os regimes convencionais que acabamos de justificar, não vai, porém, ao ponto, de, à semelhança do nosso Código Civil, a considerarmos intangível.

Julgamos, com efeito, que para certos casos, cuja enumeração completa seria impossível de fazer, é inteiramente admissível a não

(38) *Prolecções*, Prof. Doutor Paulo Cunha, *loc. cit.*

aplicação da regra da imutabilidade ; ao juiz competiria apreciá-los segundo o seu prudente arbítrio, e decidir, depois, se a imutabilidade do regime deveria ou não manter-se.

Portanto, e em resumo, a nossa posição em face do problema da determinação da lei aplicável aos regimes convencionais, é a seguinte :

- A) Aceitação da solução defendida pela corrente personalista, na modalidade da lei do domicílio.
- B) Concordância com a regra da imutabilidade, que, no entanto, segundo pensamos, deve comportar exceções.