

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 aflorado 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 amplabilidade 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.^{os} 1.237.^o e segs.) segue um sistema misto, espécie de regime de parafernalidade 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.^{os} 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 impedientes 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 noticia histórica ; a «famosissima 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.

Vejam, 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 a florada 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, consequências 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 aperfeiçoamento

(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 Cabel, *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 Lausana 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 juízes, se aplicassem o critério proposto, tinham sempre a tendência de considerar a lei do domicílio como sendo a lei a que os cônjuges quisessem submeter-se, e, só muito raramente, atenderiam às circunstâncias de facto susceptíveis de conduzi-los 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 quisessem 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 noutro, não poderiam ter, lógicamente, a mínima influência para determinar a intenção das partes quanto ao regime matrimonial que eles quisessem adoptar. Parece, pelo contrário, mais provável que os cônjuges, em caso semelhante, tenham aceite a aplicação da lei nacional do marido: esta lei torna-se a lei da mulher; ela 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 eles 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 aplicação da lei nacional do marido teria a vantagem de evitar dificuldades na procura de saber qual é o domicílio matrimonial e de qual foi a intenção deles relativamente ao estabelecimento neste ou naquele 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 domicílio matrimonial, muito embora admitam como pressupostos inatacáveis o princípio 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 domicílio 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 princípio da autonomia da vontade e, conseqüentemente, 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 aplicassem 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, somente 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-somente 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 franceses, 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 Valéry, *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 encarada 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 homogênea 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 interpretar 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 onipotência 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 théorie des contrats* — em *Revue trimestrielle de Droit Civil*, tomo 37.º (1937), pág. 2.

A veracidade das afirmações de Josserand 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 senhorios, 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 atitude.

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, limitámo-nos a indicar sucintamente os motivos principais que nos levam a não o aceitar.

Indicaremos apenas dois, aliás expostos pelo Doutor Taborda Ferreira nas suas prelecções, 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 Taborda 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 arraigado 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 juristas ingleses do século XVII trouxeram das Universidades holandesas.

E, se ao arraigado 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 indivíduos 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 aplicassem, frequentes vezes, leis estrangeiras, que, sobretudo no que se refere aos bens imobiliários, iriam ferir a soberania nacional, bem se compreendem 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 indicar-nos 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 produziriam 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 regime* 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 austríaco 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 atribuísse 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 instantaneamente 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.