

O CASAMENTO EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E OS VÍCIOS DO CONSENTIMENTO

Pelo Dr. EMÍDIO DE VELASCO MARTINS

PARTE I

O CONSENTIMENTO EM MATÉRIA DE CASAMENTO

CAPÍTULO I

SIGNIFICADO DA FÓRMULA «DIREITO DE CONTRAIR CASAMENTO». CRÍTICA

NO estudo relativo às condições de validade do casamento em direito internacional, distinguem-se três aspectos que se podem agrupar em duas rubricas: condições de validade intrínseca, compreendendo, por sua vez, a capacidade e a vontade ou consentimento, e as condições de validade extrínseca, que respeitam à forma externa do casamento.

Quanto às condições de validade extrínseca do casamento e quanto à capacidade para o contrair, poucas ou nenhuma dúvida têm surgido, podendo considerar-se os respectivos regimes doutrinariamente assentes.

Já o mesmo, porém, não poderemos dizer quanto ao consentimento ou vontade.

Com efeito, tanto a propósito da validade formal como a propósito da capacidade, existem na Convenção Internacional de Haia disposições expressas regulando estes assuntos, disposições essas que estabelecem o estatuto internacional do casamento.

Poderemos, do mesmo modo, quanto ao consentimento, dizer que existem na Convenção disposições que se lhe refiram?

Em nenhuma disposição se encontra qualquer referência ao consentimento ou à vontade.

Será isto, porém, suficiente para, de tal silêncio, concluirmos categoricamente que o assunto se não encontra legalmente considerado?

Cremos que não.

A interpretação dos textos legais tem precisamente a função de os esclarecer e se por via da interpretação gramatical podemos, por vezes, chegar a uma conclusão, a verdade é que nos não devemos, só por tal facto, dar por satisfeitos, pois a interpretação lógica não só é sempre necessária, como até, muitas vezes, nos conduz a resultados diversos da interpretação gramatical.

Não devemos, portanto, da só circunstância da Convenção não tratar «ex-professo» do consentimento, concluir pela falta de regulamentação de tal assunto.

É a propósito da fórmula «direito de contrair casamento», empregada pelo art. 1.º da Convenção, que as dúvidas se levantam.

Abrangerá esta fórmula qualquer outra matéria além da capacidade? Estará o consentimento abrangido também nela?

Tal é a questão que se põe e de que nos vamos ocupar.

O interesse na resolução de tal dúvida é evidente.

Com efeito, se entendermos que o consentimento está previsto em tal artigo, teremos o seu regime jurídico internacional legalmente estabelecido; se entendermos que o consentimento não é referido na disposição do art. 1.º, teremos, então, perante o silêncio da lei, de estabelecer a doutrina sobre o assunto.

Vejam, pois, como resolver a questão.

Dispõe o art. 1.º da Convenção que «o direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges».

Esta expressão «direito de contrair casamento» abrangerá apenas a capacidade ou também o consentimento?

Entendemos que o consentimento não é previsto em tal disposição.

Todavia, a nossa opinião não é pacífica, havendo quem discorde dela e afirme, como o Senhor Professor Doutor Machado Vilela, que o art. 1.º prevê também o consentimento. Dada a especial autoridade do ilustre Professor, entendemos dever analisar os argumentos invocados para tal afirmação.

Filia-se o Senhor Professor Doutor Machado Vilela, principalmente, no elemento histórico, para demonstrar o seu ponto de vista; ora, cremos que é precisamente com base em tal elemento que podemos chegar a opinião contrária à do citado professor.

A história do art. 1.º é referida especialmente por Buzzati na sua obra intitulada «*Il Matrimonio, Introduzione*»

Vejamos como ela, apreciada simultâneamente com a argumentação do Sr. Prof. Dr. Machado Vilela, nos pode inclinar para uma solução.

A Comissão encarregada do estudo do ante-projecto da primeira Conferência de Haia propôs o seguinte artigo: «o *direito de contrair* casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges». O relatório da Comissão, a este respeito, disse apenas que «a Comissão partiu da ideia que, de uma maneira normal, o *estado e a capacidade* de uma pessoa eram regulados pela sua lei nacional», que esta lei «tinha uma competência normal para regular *as condições* segundo as quais um casamento podia ser celebrado», que «se o *estado e capacidade* duma pessoa deviam racionalmente ser regulados por uma lei única e estável, era principalmente pelo que respeitava ao casamento que esta regra tinha aplicação», que um indivíduo «*incapaz* de se casar segundo a sua lei, não deve poder casar-se num país estrangeiro» e, finalmente, que ««quando se diz que a lei nacional é competente para regular o *direito de contrair casamento*, referem-se as disposições desta lei sobre as *diversas condições exigidas*» (1).

(1) *Actes. II*, págs. 45, 46 e 49.

A Comissão esclarecia ainda o art. 1.º, acrescentando-lhe o seguinte: «portanto, para que o casamento possa ser celebrado num país que não seja o de um ou ambos os cônjuges, é necessário que os futuros cônjuges satisfaçam às condições previstas nas respectivas leis».

Com a fórmula «direito de contrair casamento» se pretendia indicar o *estado e a capacidade* dos futuros esposos, as *condições* para que o casamento pudesse ser celebrado.

Com efeito, nos esclarecimentos postos pela Comissão, fala-se em *estado e capacidade*, em *condições* a que o casamento deve obedecer, em *estado e capacidade* duma pessoa, em *incapacidade* para casar e em *diversas condições exigidas* para contrair casamento.

O projecto de programa da terceira Conferência reproduziu a mesma fórmula (que não havia dúvidas abranger apenas a capacidade), tendo sido apresentadas duas propostas: uma pela Bélgica, que pretendia fosse adoptada de preferência a fórmula «capacidade de contrair casamento», e outra pela Hungria, que propunha a fórmula «a validade do casamento é regulada», não tendo a Comissão reconhecido necessidade em substituir a fórmula aprovada. — «A expressão: «direito de contrair casamento» pareceu melhor porque é mais ampla; o que respeita aos vícios do consentimento (erro, dolo, violência) entra no direito de contrair casamento e não na capacidade. A validade é examinada a propósito de um casamento celebrado, enquanto que aqui se trata das condições a observar para contrair casamento» — Actes III, pág. 169.

«Mudou-se, assim, o pensamento — afirma Buzzati; — com a expressão «direito de contrair casamento», a terceira Conferência não entendeu já, como as duas primeiras, apenas a capacidade dos esposos, mas também os vícios do consentimento. A declaração da Comissão é clara e a Conferência de 1900, última elaboradora da Convenção, aprovou-a sem alteração».

Baseado em tal fundamento histórico, conclui o Sr. Prof. Dr. Machado Vilela que a fórmula «direito de contrair casamento» abrange também os vícios do consentimento.

Não entendemos que assim seja, salvo o devido respeito.

Se o elemento histórico é, sem dúvida, da maior importância

como elemento a atender na interpretação das leis, a verdade é que se não deve dar-lhe uma importância decisiva.

Se a terceira Conferência, com uma expressão manifestamente infeliz, mudou, repentinamente, o curso que as coisas até então tomavam, não quer isto dizer que o tenha mudado em absoluto. Com efeito, se da última declaração da Conferência se pode tirar a conclusão que os vícios do consentimento estão abrangidos no art. 1.º, por que razão se não há-de atender, também, e *com igual força*, ao relatório da Comissão encarregada de estudar o ante-projecto da primeira Conferência, relatório esse que já citámos?

Não terá o elemento histórico idêntico valor em ambos os casos?

Se o segundo fala em *vícios do consentimento*, a verdade é que o primeiro apenas nos fala da *capacidade*, *sem conter qualquer referência ao consentimento*. Quer dizer: com base no elemento histórico não podemos chegar a uma conclusão segura, dada a contradicção existente. Mas abstraindo, mesmo, da existência do primeiro relatório, teria o segundo importância decisiva? Cremos que não.

A este respeito escreve o Sr. Prof. Dr. Cabral de Moncada que «durante muito tempo se pensou que interpretar o sentido da lei era o mesmo que interpretar a vontade, no sentido psicológico, do legislador que a tinha feito. Hoje, não se entende já assim. O legislador não é mais do que *um órgão a quem cumpre elaborar a lei*; a sua vontade e a sua inteligência não são mais do que o instrumento, o meio de elaboração da lei. Elaborada a lei esta fica constituindo, por assim dizer, *uma entidade à parte*, qualquer coisa que se *desligou da vontade do legislador e assumiu um valor próprio e uma significação independente da vontade e da inteligência do seu autor*. Criada, a lei tem, como as ideias, *uma vida própria e autónoma, uma vontade*.

Ora, sendo assim, compreende-se facilmente que determinar o *sentido* duma lei seja, não determinar a intenção e a vontade, subjectivamente consideradas, da pessoa do legislador que a lançou no mundo dos imperativos jurídicos, mas sim determinar essa vontade da lei em si mesma, *a mens legis*, objectivamente considerada.

Muitas vezes acontece que o projecto é mantido por motivos e tendo em vista fins muito diferentes daqueles que a princípio o determinaram no espírito do seu autor. O sentido da lei será a determinação da própria vontade da lei em si mesma. Por tudo isto é, pois, hoje, doutrina corrente, pode dizer-se, que o sentido da lei, a «vis» a «mens legis» é, não a vontade do legislador num sentido subjectivo e psicológico, mas a vontade da própria lei, num sentido objectivo, considerada como um imperativo independente e autónomo».

Estas palavras acertadas do Sr. Prof. Dr. Cabral de Moncada são, por demais, elucidativas.

Há, pois, que interpretar o art. 1.º em si mesmo, objectivamente considerado, como qualquer coisa dotada de vida própria e não submetê-lo às palavras do legislador — neste caso a Conferência de Haia.

Há que encarar principalmente as realidades jurídicas e sociais para se proceder à interpretação do artigo e não apenas às realidades históricas que, por uma possível modificação das necessidades sociais, podem deixar de ter uma importância decisiva, não obstante o produto ocasional do trabalho legislativo — o artigo — continuar gramaticalmente o mesmo.

As considerações das Conferências poderão, quando muito, orientar-nos, mas não bastam por si sós. E, mesmo quando bastassem, havia o inconveniente de no caso «sub-judice» existirem dois relatórios que se contradizem: um, referindo-se à capacidade sem mencionar o consentimento, outro, referindo-se à capacidade e ao consentimento. Ambos devem merecer o mesmo valor. Mas, adentro mesmo do elemento histórico, podemos tirar argumentos a nosso favor.

Na verdade, estabelece-se no relatório que «a validade é examinada a propósito de um casamento celebrado, *enquanto que aqui se trata apenas das condições a observar para contrair casamento*».

Mas, então, se no art. 1.º se trata apenas «das condições a observar para contrair casamento», como se explica que o mesmo artigo se refira também a algo que *não respeita só às condições para contrair casamento, mas à sua validade?*

Uma coisa é um casamento por celebrar e outra um casa-

mento celebrado; à primeira é pertinente a capacidade, à segunda os vícios do consentimento. Ora, se no art. 1.º se trata, não de um casamento já celebrado, mas — palavras do Relatório — das condições a observar *para celebrar casamento*, aspecto este pertinente à capacidade, como se pode fazer incluir nele um outro aspecto — vícios do consentimento — que respeita a um casamento não por celebrar mas já celebrado?

Há, assim, dentro do elemento histórico, contradições flagrantes que, longe de nos encaminharem, nos desorientam, ou, se nos encaminham, é, não no sentido de fazer incluir os vícios do consentimento no art. 1.º, mas no sentido de nele incluirmos apenas a capacidade. Só numa passagem do Relatório se fala em «vícios do consentimento», quando passagens *do mesmo Relatório e de outro* nos falam apenas de estado e capacidade. Bastavam as diversas considerações constantes do Relatório da Comissão encarregada do ante-projecto da primeira conferência, para levar à conclusão segura de que no art. 1.º se visava apenas a capacidade. Ora, se assim não fosse, seria natural que tanto a primeira Conferência como a segunda e a terceira modificassem a redacção do art. 1.º, a fim de que a sua letra não fosse a consagração das considerações do Relatório do ante-projecto.

Tal não se deu, porém.

O artigo foi sempre aprovado, desde a primeira à última Conferência, com a mesma redacção, embora o relatório da primeira Comissão encarregada de o estudar evidenciasse que ele se referia ao «estado e capacidade», às «condições», ao «incapaz», ao «direito de contrair», e às «condições exigidas», *sem nunca se falar em consentimento*.

Se não se queria consagrar tal estado de coisas, só havia uma solução: redigir o artigo de maneira diferente, em qualquer das sucessivas vezes que ele foi examinado.

Se a letra da lei dava lugar a uma interpretação, e o que se pretendia dizer era outra coisa, o caminho único seria o de a redigir diversamente.

Nunca assim aconteceu, porém.

Como diz Buzzati «o que o legislador pretendeu dizer só tem um valor relativo; o que importa saber é o que se disse na Convenção que os Estados assinaram».

A isto responde o Sr. Prof. Dr. Machado Vilela que «não é inútilmente que na teoria da interpretação das leis aparece o reconhecimento do elemento histórico». De acordo; mas a tal elemento não só se não deve atribuir uma importância decisiva — e as considerações do Sr. Prof. Dr. Cabral de Moncada, a que fizemos referência, são elucidativas — mas ainda tal elemento terá uma importância muito frágil, quando, ao percorre-lo, depa-ramos com frequentes contradições.

Invoca ainda o Sr. Prof. Dr. Machado Vilela, em abono da sua opinião, que é tão estreita a relação entre os impedimentos e os vícios do consentimento, que algumas legislações, como a brasileira (Código Civil, art. 183.º, n.º IV), consideram como impedimentos vícios do consentimento.

A este respeito, as considerações que faremos adiante sobre a distinção de tais aspectos — capacidade e consentimento — permitir-nos-ão verificar o infundado deste argumento.

Notaremos desde já, porém, que em Direito tem de haver certeza — tanta quanto possível, claro — não podendo as construções jurídicas depender de relações mais ou menos estreitas.

Ou é a mesma coisa ou não é. Poder-se-ia neste caso invocar até o célebre «to be or not to be!...».

Se as relações são estreitas, não quer dizer, porém, que os dois aspectos se interpenetrem a ponto de se concluir que, onde se fala num, se compreende também o outro.

Também existem estreitas relações — e até mais estreitas — entre a capacidade e a sua prova e, no entanto, os dois aspectos foram examinados em disposições diversas da Convenção.

Tudo isto deriva de se pretender à viva força que o consentimento esteja regulado na Convenção.

Que razão impediria que tal aspecto não fosse considerado? Porque não deixar de o considerar legislativamente? E não seria natural que, a considerá-lo, se fizesse expressamente?

Dada a enorme importância de tal assunto seria plausível que a Convenção se limitasse a estabelecer uma fórmula vaga, dando, assim, lugar a dúvidas, só porque na legislação de um Estado, que nem sequer contratante foi, existem relações mais ou menos estreitas entre a capacidade e a vontade?

A séria importância que representa os vícios do consentimento

em matéria matrimonial, poderia justificar que a Convenção os não tivesse regulado tão minuciosamente como regulou a capacidade e a validade formal? Não era provável, pelo menos. Para que o fôsse, porém, era preciso que não só o elemento histórico nos orientasse francamente nesse sentido, mas ainda que as realidades sociais e jurídicas levassem a tal conclusão.

Do valor do primeiro já estamos, porém, elucidados; resta-nos apreciar a contribuição que ao problema fornecem as realidades jurídicas e sociais.

Não passaremos, todavia, adiante, sem citarmos uma passagem da obra de Buzzati, cuja argumentação, poderosíssima, foi desenvolvida, toda ela, no sentido de excluir do âmbito do art. 1.º os vícios do consentimento.

Diz o referido autor, a págs. 87 do seu trabalho:

«Que estas palavras devem ser entendidas como alusivas sòmente à capacidade das partes, deduzo-o, antes de mais nada, dos próprios trabalhos da terceira Conferência: quando a Comissão afirmou e a assembleia aprovou que «o que respeita aos vícios do consentimento entra no direito de contrair casamento», nem uma nem outra tiveram bem a consciência da gravidade da afirmação, nem uma nem outra recordaram quanto por elas mesmas tinha sido pensado e dito.

Na verdade, no relatório que a primeira Comissão apresentou à Conferência de 1893 encontramos: «o ante-projecto considera o matrimónio, primeiro sob o ponto de vista das *condições que devem ser observadas pelos futuros cônjuges*, depois, sob o ponto de vista da forma»; formuladas depois várias hipóteses sobre o casamento a celebrar no estrangeiro, continua o relatório: «a Comissão partiu da ideia que, de um modo normal, o *estado e a capacidade* de uma pessoa eram regulados pela lei nacional e não pela lei do domicílio... não se pode pensar em cumular as duas exigências e subordinar os futuros esposos à *observância de todas as disposições de uma e de outra*. Nós, partimos da ideia que a lei nacional dos futuros esposos tem uma competência normal para regular *as condições segundo as quais o casamento deverá ser celebrado*; se o *estado e a capacidade* devem racionalmente ser regulados por uma lei única e estável é sobretudo pelo que *respeita ao casamento que esta regra encontra a sua*

aplicação. É pelo matrimónio que os indivíduos serão, principalmente, tentados a subtrair-se às *prescrições* da sua lei de origem que possam considerar desfavoráveis. Se um indivíduo *incapaz de casar* segundo a sua lei de origem, pode, num país estrangeiro, chegar a casar-se, não comete sòmente uma grave violação da sua lei, mas engana também a outra parte, que pode crer que a união assim celebrada é válida em toda a parte... Um indivíduo *incapaz de casar* segundo a sua lei nacional, não deve, portanto, poder casar-se num país estrangeiro; não há razão para que encontre neste país facilidades que lhe recusa a sua lei nacional e não pode queixar-se de estar sugeito à lei da sua pátria. Esta regra encontra largas aplicações: as mais importantes referem-se à *capacidade pròpriamente dita*, por exemplo, às *condições relativas a idade, ao consentimento da família*. Um indivíduo precisa de autorização de seus pais até aos 25 anos segundo a sua lei nacional; não poderá dispensar esta autorização indo casar num país cuja legislação permite aos filhos casar livremente, depois dos 21 anos. Isto é também verdadeiro pelo que respeita aos impedimentos que possam ter uma causa diversa, como o *parentesco, a afinidade, a constatação de uma cumplicidade no adultério, ou a necessidade de observar um certo termo após a dissolução do casamento*. Assim, também certas legislações exigem que os seus nacionais que queiram casar no estrangeiro façam publicações no seu país de origem; esta exigência deverá ser respeitada no país em que a celebração é projectada. Não se dão aqui mais exemplos. A regra geral admitida, de um modo absoluto, pela Convenção, é que desde que uma pessoa *não pode* contrair casamento segundo a sua lei de origem, também não deve poder fazê-lo noutro país, qualquer que seja a natureza do impedimento... Quando se diz que a lei nacional é competente para regular o *direito de contrair casamento*, quere-se significar *as disposições desta lei sobre as diversas condições requeridas*... A Comissão entende que a lei nacional deve ser plenamente observada, porquanto ela permite o casamento mesmo se está em desacordo com a lei local. Isto aplica-se, por exemplo, pelo que respeita à *idade, à necessidade de consentimento dos pais, dos tutores ou do conselho de família*: para as *condições deste género* a influência da lei nacional deve ser exclusiva».

Em consequência de tudo isto, a Comissão propôs o art. 1.º A Conferência não fez sobre este ponto nenhuma observação.

A segunda Conferência não modificou, pelo contrário, não discutiu sequer, este ponto do art. 1.º Na terceira nada mais fez a Comissão que a proposta, aceita pelo Congresso, de abolir a segunda parte do art. 1.º, considerando-a uma explicação inútil da primeira. Até esta altura apenas se falou do estado e capacidade das partes, das condições em que os esposos devem encontrar-se para poder celebrar casamento e se explicou como estas se referem a idade, ao consentimento dos pais ou dos tutores, aos graus de parentesco e de afinidade. Quanto aos vícios do consentimento não se encontra referência alguma nas Actas e Documentos das duas primeiras Conferências. Inesperadamente o acordo constante e unânime de entender as palavras: «direito de contrair casamento» como alusivas apenas à capacidade, subverteu-se pela simples observação que «o que respeita aos vícios do consentimento entra no direito de contrair casamento e não na capacidade», observação esta, note-se, não demonstrada, passiva de qualquer argumentação, e feita de modo incidental, somente para repelir a emenda belga que, justamente, queria que o art. 1.º falasse de capacidade. Ninguém na Conferência reparou nesta mudança radical, ninguém a discutiu, e o art. 1.º foi aprovado pela terceira e última vez.

Como se pode, portanto, pretender que a terceira Conferência tenha conseguido fazer uma ideia exacta da gravidade desta simples afirmação e a tenha aprovado com consciência da mudança de significado que daí resultava para o art. 1.º?

Ainda em 1894, a Conferência absteve de se ocupar das questões relativas à nulidade do matrimónio: «o motivo da sua abstenção é o seguinte: as questões de nulidade foram implicitamente definidas pelas disposições já votadas, respeitantes ao casamento», isto é, pela disposição do art. 1.º; ora tudo isto é verdade se o art. 1.º respeita apenas à capacidade das partes, mas deixará de o ser se respeita também às condições para que o consentimento seja válido.

E isto também o compreendeu a Holanda que em 1900 propôs um artigo assim redigido: «l'action en nullité du mariage pourra être intentée dans tous les cas où elle est admise soit par

la loi du pays auquel appartient le mari, soit par la loi du pays auquel appartenait la femme lorsque le mariage a été contracté...»; mas a Comissão «a persisté dans l'opinion formulée dans le rapport de 1894, qui se résumait en ceci: la sanction de la loi ne devant pas être séparée de la loi elle-même, la loi déclarée compétente par la Convention pour fixer les conditions de validité du mariage l'est également pour toutes les conséquences de la violation de ses prescriptions, pour editer la nullité et en déterminer le caractère» e a Conferência aprovou, demonstrando assim entender como condições de validade as que se referiam apenas à capacidade das partes, sem querer ocupar-se dos vícios do consentimento».

Bastariam estas palavras de Buzzati, poderosíssimas de sentido e de lógica, para resolver o problema.

Há mais, todavia.

Já nos referimos à redação do art. 1.º e ao relatório de 1900 considerando-os quase que exclusivamente sob o aspecto histórico.

Vejam os agora o seu aspecto jurídico.

A simples leitura do art. 1.º mostra, ao falar-se em *futuros esposos*, que se trata de um casamento ainda por celebrar, isto é, que se trata de condições às quais os futuros esposos devem estar sujeitos para poder proceder-se à celebração do casamento, e não de um casamento já celebrado e da sua validade. «Aqui trata-se das condições a observar para contrair casamento», disse-o o relatório de 1900. Há pois que distinguir a capacidade dos vícios do consentimento, não já pelo que respeita à sua essência, mas principalmente pelo que respeita à sua actuação. E a pedra de toque que há-de interessar à distinção há-de ser esta: o art. 1.º, como o afirmou a Conferência, «trata apenas das condições a observar para contrair casamento e não da validade, que é examinada a propósito de um casamento já celebrado». Por outras palavras: o art. 1.º trata de um casamento ainda por celebrar e não de um casamento já celebrado. Com esta orientação, é fácil traçarmos o caminho a seguir: verificar o aspecto a que a capacidade e o consentimento respeitam e, em face disso, concluirmos a qual deles respeita a disposição legal.

Como sabemos, os vícios do consentimento só podem constatar-se «post facto», porque, naturalmente, não operam senão depois que o consentimento é prestado. Para que haja um vício no consentimento é necessário, pois, que o consentimento — embora viciado — tenha existido; ora, se o consentimento existiu, o acto a que ele se destinava constituiu-se — embora esteja viciado.

Desta maneira, o consentimento está indissolúvelmente ligado a um facto já consumado. Se vier a apurar-se que o consentimento foi indevidamente prestado, por haver erro, dolo ou violência, que existe portanto um vício no consentimento, e que, por tal facto, o acto será nulo ou anulável, trata-se já de destruir ou de permitir a destruição de um acto constituído, e não de um acto a constituir ainda.

Já com a capacidade se passam diversamente as coisas.

Com efeito, os elementos de validade que se referem a esta são de natureza absolutamente diversa da dos elementos que se referem aos vícios do consentimento: os primeiros respeitam à qualidade jurídica da pessoa, da qual resulta a capacidade a dar validade ao casamento, os segundos consideram o acto jurídico em si, adquirindo a sua vida da vontade das partes; o objecto dos primeiros é a pessoa e o seu direito subjectivo, o objecto dos segundos é o negócio jurídico num seu requisito essencial diverso daquele que à capacidade das partes se refere: o defeito do primeiro pode operar — e ordinariamente opera — antes que o matrimónio esteja celebrado, o defeito dos segundos não pode operar senão depois da prestação do consentimento.

Quere dizer, portanto, que os vícios do consentimento respeitam um acto já celebrado, ao passo que a capacidade, embora o acto já esteja celebrado, é apreciada anteriormente à sua constituição. Por outras palavras: um é «post facto», outro «ante facto».

Sendo assim, e se o art. 1.º, como afirma o relatório, se ocupa das condições a reunir para contrair casamento e não de um casamento já celebrado, é fácil de concluir que os vícios do consentimento não são abrangidos por tal disposição.

Os vícios do consentimento só são de considerar em face de

qualquer acto já constituído e o art. 1.º trata de qualquer coisa a observar para poder constituir-se o acto; aqueles referem-se ao passado, este ao futuro.

Diferençados assim os campos de aplicação da capacidade e dos vícios do consentimento, seria impossível unificá-los na mesma disposição: a do art. 1.º

§ 1.º — *Conclusão*

Determinado que os vícios do consentimento não estão abrangidos na fórmula do art. 1.º da Convenção de Haia, temos, como consequência, que o assunto se não encontra também regulado no art. 143.º do Regulamento Consular, uma vez que a redacção deste artigo é idêntica à daquele.

Deste modo, e em face do silêncio da lei, torna-se necessário construir, pelo que respeita ao casamento em direito internacional privado, a doutrina aplicável à matéria dos vícios do consentimento. Assim, a pergunta em que reside a razão de ser do nosso trabalho põe-se com toda a oportunidade: — Qual a lei, que, à face do sistema jurídico português, deverá ser considerada como lei reguladora dos vícios do consentimento?

CAPÍTULO II

SISTEMAS POSSÍVEIS PARA A REGULAMENTAÇÃO DOS VÍCIOS DO CONSENTIMENTO

Quatro sistemas têm sido seguidos pelo que respeita à regulamentação dos vícios do consentimento.

Vejam os quais são eles:

1.º — *Sistema da competência da lei pessoal de cada uma das partes*. Este sistema foi defendido por Laurent e Pillet, quer por se entender, como o primeiro, que a capacidade tem como

natural consequência o consentimento, cujo regime é um mero desenvolvimento do da capacidade, quer por se entender, como o segundo, que as leis reguladoras dos vícios do consentimento são leis de protecção individual.

Em qualquer dos casos, a lei aplicável é sempre a lei pessoal.

Dreyfus criticou esta orientação com o fundamento de que a lei, ao determinar os factos que viciam o consentimento, estabelece um regime objectivo do acto jurídico, uniforme e idêntico para todos, ao contrário do que sucede com as incapacidades, que têm por efeito colocar numa situação jurídica particular uma determinada categoria de pessoas.

Isto pelo que respeita à orientação de Laurent.

Quanto ao critério de Pillet, também Dreyfus o entende inaceitável, uma vez que, com a regulamentação dos vícios do consentimento, se tem em vista, não proteger pessoas, mas assegurar a eficácia e validade do acto praticado.

Seguiu, então Dreyfus um outro sistema : o

2.º — *Sistema da competência da lei do lugar da celebração do acto.* Baseou-se Dreyfus no critério de que é no lugar onde o consentimento se produz que ele se localiza e, portanto, é a legislação deste lugar a naturalmente indicada para determinar o seu regime jurídico.

Entende, porém, o Sr. Prof. Dr. Machado Vilela, que este sistema só poderá aplicar-se quando o acto jurídico em geral seja regulado pela lei do lugar da celebração. Em qualquer outro caso tem o defeito de separar do regime geral do acto o seu elemento criador : a vontade.

3.º — *Sistema da competência da lei escolhida pelas partes.* É o sistema consagrado pela lei japonesa (art. 7.º) e pelo dahir marroquino (art. 13.º).

Critica o Sr. Prof. Dr. Machado Vilela este sistema, por entender ser absurdo que o agente de um acto jurídico escolha a lei que há-de presidir à manifestação da sua vontade, para que esta seja juridicamente relevante e eficaz.

Salvo o devido respeito, não consideramos este sistema um absurdo. Se algum absurdo existe, reside ele, não no facto de

o agente proceder a essa escolha, mas sim na circunstância de existir uma lei que de qualquer modo se possa prestar às suas fraudes ou aos seus equívocos. Mas, mesmo que se tratasse de um absurdo, a crítica valeria apenas como orientação doutrinária, sob o aspecto «de jure condendo» e não sob o aspecto legal, «de jure condito», onde o problema pode ter solução diversa, o que fará cessar toda a orientação doutrinária, que, quando muito, apenas valerá como crítica à lei, sem virtualidade própria para fornecer uma solução e ainda menos para afastar a solução legal.

Ora é precisamente à face da legislação, do direito constituído, que nos interessa resolver a questão, saber se da própria lei poderá resultar qualquer solução.

4.º — *Sistema da competência da lei que rege de modo imperativo a relação constituída pelo acto jurídico.* É este o sistema seguido por Brocher, pelo Tratado de Montevideu e pelo Sr. Prof. Dr. Machado Vilela, que o refere especialmente a respeito do casamento, que é precisamente o que nos interessa.

Vejamos a orientação adoptada pelo citado Professor, transcrevendo algumas linhas do seu notável tratado :

«Esta doutrina — a da competência da lei que rege de modo imperativo a relação constituída pelo acto jurídico — é da mais fácil aplicação quanto aos actos jurídicos pròpriamente ditos, como são os actos de constituição de direitos de crédito.

O mesmo já não acontece, porém, com o acto-condição, como é o casamento, que coloca o marido e a mulher na situação de poderem exercer os poderes objectivos atribuídos aos cônjuges, e com o acto-mixto, como é o contrato de venda de um prédio, que, a um tempo, cria direitos de crédito, como é o direito de vendedor quanto ao preço, e coloca o comprador na situação de exercer os direitos que a lei concede ao proprietário .

Quanto ao acto condição, como por ele se não constitui um direito, mas apenas se define um estado (por exemplo, o estado de cônjuge, de filho legitimado ou de filho perfilhado), ou torna possível o exercício de um direito (por exemplo, o direito de propriedade), parece que deveria considerar-se o acto independentemente, quer do estado que ele define, quer do direito cujo gozo ele condiciona, e procurar uma lei própria para o reger,

sem atender à lei reguladora do estado ou da situação condicionados.

Se atendermos, porém, a que o acto condição não tem em si mesmo a sua razão de ser, mas no estado que define ou no direito cujo gozo proporciona, deverá ainda considerar-se como lei reguladora dos vícios da vontade a lei que rege o estado ou o poder cuja definição ou atribuição dependem do acto.

Sendo assim, os vícios da vontade devem ser regulados, quanto à constituição do estado de cônjuge ou do estado de filho legitimado ou perfilhado, pela mesma lei que regular esse estado (lei nacional de cada um dos cônjuges, lei nacional do pai e do filho) e, quanto ao exercício dos poderes do proprietário, pela lei que estabelece esses poderes, que é a *lex rei sita*».

Podemos concluir assim, em face do exposto, que o Sr. Prof. Dr. Machado Vilela, pelo que respeita ao casamento — única matéria que nos interessa — parte de uma base fundamental: *a de qualificar o casamento como um acto-condição* e, deste modo, considerar como lei reguladora dos vícios da vontade a lei que rege o estado cuja definição depende do acto.

Quer dizer: a natureza de acto-condição, atribuída pelo Sr. Prof. Dr. Machado Vilela ao casamento, leva-o a seguir uma orientação peculiar a tal espécie de acto, orientação que, em certo modo, se afasta da solução em princípio adoptada para resolução do problema, quando encarado de um modo geral.

Por outras palavras: a doutrina inicialmente adoptada sofre um desvio quanto ao casamento, resultante da sua natureza especial de acto-condição. É esta qualificação atribuída ao casamento que provoca a solução do problema, que constitui a sua causa determinante.

CAPÍTULO III

CRÍTICA AO SISTEMA DA COMPETÊNCIA DA LEI
QUE REGE DE MODO IMPERATIVO A RELAÇÃO
CONSTITUIDA PELO ACTO JURÍDICO

Como dissemos já, a orientação doutrinária representada por qualquer dos quatro sistemas indicados tem de facto importância, uma vez que não possamos recorrer à lei para dela tirarmos qualquer solução. Portanto, e antes de mais nada, há que averiguar se a matéria dos vícios do consentimento em direito internacional privado poderá ter solução à face do direito português comum.

Em caso negativo, surge então a necessidade de procurar uma solução para o caso, adoptando um dos sistemas enunciados; na hipótese, porém, de entendermos que o problema está considerado na nossa lei, cessa qualquer orientação doutrinária, para prevalecer apenas aquilo que a lei dispõe, a solução que, bem ou mal, dela resulta.

É isto que nos interessa em primeiro lugar averiguar.

Não queremos, todavia, passar adiante, sem analisar a solução proposta pelo Sr. Prof. Dr. Machado Vilela.

A qualificação de acto-condição atribuída ao casamento — e que constitui, por assim dizer, a base da solução adoptada pelo Sr. Prof. Dr. Machado Vilela — não é mais do que uma das qualificações que podem revestir os actos jurídicos.

Com efeito, os actos jurídicos, quando encarados através dos efeitos jurídicos por eles produzidos, ou, se quisermos, através da diversidade do seu conteúdo, podem classificar-se em actos regras ou legislativos, actos subjectivos, actos condições e actos complexos ou mixtos.

Por acto regra entende-se aquele que cria, modifica ou extingue uma situação jurídica objectiva, acto subjectivo aquele que cria modifica ou extingue uma situação jurídica subjectiva, acto condição o que tem por objecto aplicar a pessoas certas e determinadas uma situação jurídica objectiva previamente criada pela

lei, e finalmente acto complexo ou mixto o que produz efeitos jurídicos de natureza vária e que nos aparece ora como acto objectivo ora como acto subjectivo, consoante os efeitos por que os encaramos (1).

É nesta classificação que o Sr. Prof. Dr. Machado Vilela se baseia, quando considera o casamento como um acto condição.

Sem dúvida que o casamento é, à face da classificação que assinalámos, um acto condição, uma vez que ele condiciona a aplicação aos contraentes, marido e mulher, de um estado, de uma jurídica objectiva: o estado de casado coloca estas pessoas numa situação especial perante o direito objectivo, condicionando a aplicação para elas dos poderes, direitos e obrigações que resultam da lei, quando esta define o estado, a situação de facto, de casado. Trata-se de um acto que projecta sobre a pessoa toda a situação que está definida antecipadamente e de uma forma escrita, na lei; é a condição da aplicação dessa lei a certas pessoas (2).

Assim o entendem também os Srs. Profs. Drs. Fezas Vital e Paulo Cunha.

Esta classificação dos actos jurídicos é uma classificação material, independente, portanto, da pessoa que os pratica e das formalidades que o cercam.

Uma outra classificação, esta, porém, de índole formal, se pode fazer: a classificação que atende ao número de vontades que intervem no acto ou ao modo por que elas se combinam. E, assim, podemos classificar os actos jurídicos em unilaterais ou plurilaterais: unilaterais, os que supõem a vontade de uma só pessoa; plurilaterais aqueles em que intervêm duas ou mais pessoas; plurilaterais, aqueles em que intervêm duas ou mais

Os actos plurilaterais classificam-se, por sua vez, em actos colectivos, actos uniões e actos contratuais. O acto colectivo (*Gesamtakt*, na terminologia alemã), é um acto plurilateral em que as várias vontades são todas iguais, no sentido de que têm todas o mesmo objecto, o mesmo conteúdo, e caminham todas

(1) Prof. Dr. Fezas Vital, *Lições de Direito Político*, págs. 223 e 224.

(2) Prof. Dr. José Gabriel Pinto Coelho, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, pág. 20.

para o mesmo fim. É, no fundo, uma mera soma de actos unilaterais.

O acto união (*Vereinbarung*) é um acto plurilateral em que as vontades que nele intervêm têm o mesmo objecto, o mesmo conteúdo.

O contrato ou acto contratual é o acto plurilateral em que as vontades que nele intervêm querem coisas distintas, determinadas por fins diversos. Portanto: comunidade de objecto e comunidade de fim: acto colectivo; comunidade de objecto e diversidade de fim: acto união; diversidade de objecto e diversidade de fim: acto contratual.

Qual será, à face desta nova classificação, a natureza jurídica do casamento?

Se atendermos, como Roger Bonnard e Duguit, que o objecto é o efeito que o acto deve produzir e fim o resultado final que o efeito produzido pelo acto deve determinar, poderemos, sem sombra de dúvida, considerar o casamento como um acto união, visto as vontades dos sujeitos terem o mesmo objecto, mas fins diversos.

Acontece, porém, que, como afirma o Sr. Prof. Dr. Paulo Cunha, no entendimento a dar às três categorias de actos plurivoluntários é necessário muito cuidado, visto que, o que uns tomam por objecto, é para outros o fim, e vice-versa.

Deste modo, e em face da diversidade de entendimento que os juristas dão aos termos *objecto* e *fim*, o casamento poderá revestir qualificações diferentes.

Ora bem. Se o Sr. Prof. Dr. Machado Vilela atende à classificação material dos actos jurídicos — a categoria «acto condição» atribuída ao casamento está comprometida na classificação material — para chegar a uma solução, não deveria do mesmo modo atender também à classificação formal, que em pé de igualdade se apresenta com a classificação material?

Tratando-se de duas classificações doutrinárias de actos jurídicos, porque atender apenas a uma, quando as duas se completam, quando elas são, por assim dizer, duas modalidades, matéria e forma — da mesma realidade — o acto jurídico?

Poder-se-á dizer que atendendo à classificação formal se corre o risco de não chegar a conclusão alguma. A isto responderemos

que, desprevenidamente, tão difícil é chegar a uma conclusão em face de uma classificação como da outra.

E mais :

Se as categorias — acto união e acto colectivo — não nos parecem à primeira vista inclinar para uma solução, já a categoria — acto contrato ou acto contratual — mesmo à primeira vista, nos encaminha para uma solução. Mais adiante veremos que assim é. Diremos, no entanto, que há, com efeito, quem entenda — com o que não concordamos — em face da classificação formal, ser o casamento um acto contratual, uma vez que, atribuindo aos termos objecto e fim significações especiais, se verifica haver no casamento diversidade de objecto e diversidade de fim. Notaremos, desde já, não concordamos com esta orientação.

A verdade, porém, é que se, bem ou mal, há quem considere o casamento um acto contrato, nada mais fácil para desta qualificação tirarmos uma conclusão.

Quere dizer : a classificação formal pode encaminhar, como a material, para uma solução. Se considerarmos o casamento como um acto contrato, a solução surgirá indiscutivelmente ; se o considerarmos como um acto união, é possível que ela surja, visto serem ilimitadas as possibilidades do raciocínio humano.

O que nos parece evidente é que tanta razão há para atender à classificação material como à formal : ambas são classificações doutrinárias, ambas respeitam a aspectos inseparáveis da mesma realidade.

Na construção doutrinária do Sr. Prof. Dr. Machado Vilela há, porém, a assinalar um aspecto que põe bem à prova o admirável espírito jurídico no nosso primeiro internacionalista : esse aspecto é o que respeita à uniformidade e coerência da construção elaborada.

Dissemos já, com efeito, que, para o referido Professor, os vícios do consentimento estão abrangidos nas fórmulas dos arts. 1.º da Convenção de Haia e 143.º do Regulamento Consular, quando dispõem que «o direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges».

Nesta orientação os vícios do consentimento serão, evidentemente, regulados pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges.

Ora, quando o Sr. Prof. Dr. Machado Vilela trata, sob outro aspecto, dos vícios do consentimento, numa orientação puramente doutrinária, desprendida de quaisquer considerações legais, a concessão a que chega é precisamente a mesma ao considerar, como vimos, o casamento como um acto união. Quer, pois, sob um aspecto, quer sob o outro, o resultado é sempre o mesmo: os vícios do consentimento são regulados pela lei nacional dos futuros cônjuges. Há, assim, sem dúvida, uma coerência de raciocínio e uma uniformidade de orientação que é justo pôr em destaque.

Já sabemos, porém, o que pensar dos dois aspectos focados.

Quanto ao primeiro, entendemos que não é de aceitar, por os vícios do consentimento não estarem abrangidos nas fórmulas dos arts. 1.º da Convenção de Haia e 143.º do Regulamento Consular.

Quanto ao segundo, embora a crítica que formulamos tivesse assentado apenas na circunstância de somente se ter atendido ao aspecto material do acto jurídico sem se atender ao seu aspecto formal, a verdade é que, mesmo abstraindo desta consideração, o critério — como construção puramente teórica — só poderá ser adoptado uma vez que da própria lei não resulte qualquer subsídio para solução do problema. Caso contrário, é à lei, ao direito constituído, que cumpre atender.

E não se pense que há qualquer contradição no que dissemos. Vejamos, com efeito.

Nada impede que afirmemos, por um lado, não estarem os vícios do consentimento abrangidos nos arts. 1.º da Convenção de Haia e 143.º do Regulamento Consular, e, por outro lado, que entendamos não dever recorrer-se a qualquer sistema doutrinário sobre os vícios do consentimento enquanto não houver a certeza de que nada poderá resultar da lei. São duas coisas distintas.

Pede, com efeito, qualquer norma jurídica, não obstante não regular expressamente os vícios do consentimento, fornecer, no entanto, elementos que nos permitam encontrar uma solução para a lacuna da lei.

§ 1.º — *Método a seguir*

Assentamos, por um lado, que a matéria dos vícios de vontade, quanto ao casamento em direito internacional privado, se não encontra expressamente contemplada nem na Convenção de Haia nem no Regulamento Consular.

Nestas circunstâncias, impunha-se encontrar uma solução, e encontra-la principalmente à face da lei portuguesa, do nosso direito comum.

Dever-se-á, para atingir esta finalidade, recorrer a qualquer dos quatro sistemas doutrinários formulados quanto à regulamentação dos vícios do consentimento?

A solução há-de forçosamente ser a de ter de recorrer-se a qualquer desses critérios, mas isto sob a reserva de que só se deverá proceder assim, uma vez que se averigue não resultar em «ex-lege», do direito constituído, quaisquer subsídios que permitam encontrar a solução procurada.

Ora é precisamente a isto que nos propomos: averiguar se da própria lei resultará qualquer contribuição para a resolução do problema.

PARTE II

OS VÍCIOS DO CONSENTIMENTO EM FACE DO DIREITO PORTUGUÊS COMUM

SECÇÃO I

Natureza jurídica do casamento

Antes de abordarmos pròpriamente o problema de saber se o casamento é ou não um contrato, convém assinalar dois pontos que *decisivamente interessam para a resolução de tal problema*: um, o de que o casamento é acto dos nubentes e não acto do Estado; outro, o de ser o casamento um acto de Direito Privado e não de Direito Público.

Vejamos o primeiro ponto.

CAPÍTULO I

O CASAMENTO COMO ACTO DOS NUBENTES
E NÃO DO ESTADO

Várias razões nos levam a considerar o casamento como acto dos nubentes e não do Estado, como acto cuja vontade substancial, criadora e decisiva, é a dos nubentes. A elas se refere o Sr. Prof. Dr. Paulo Cunha nas suas magistrais lições de «Direito de Família», a págs. 226 e 227.

Em primeiro lugar, o art. 1.056.º do Código Civil, ao definir o casamento como um «contrato perpétuo feito entre duas pessoas de sexo diferente com o fim de constituírem legítimamente a família», não contém referência alguma ao Estado ou à vontade deste.

2.º — É o consentimento dos nubentes e não a vontade do Estado que dá o ser ao acto casamento.

As disposições dos arts. 18.º a 25.º da lei do casamento assim o confirmam.

3.º — Os arts. 307.º e segs. do Código do Registo Civil permitem, em especiais condições de urgência, que o casamento se celebre sem a intervenção do funcionário normalmente competente e produza todos os seus efeitos, mediante a ratificação pelo juiz de direito. É o que acontece com os casamentos «in extremis», quer em caso de perigo de morte, quer em caso de parto iminente. Ora desde que tais casamentos produzem os mesmos efeitos que os casamentos normais — passe o termo — a conclusão a tirar é a de que a intervenção do funcionário do Registo Civil, como representante do Estado neste acto, não é essencial ao mesmo acto.

Tal intervenção respeita apenas ao aspecto formal do acto e não à sua estrutura, aos elementos extrínsecos e não aos intrínsecos.

Mas, dir-se-á, a necessidade de ratificação do casamento «in extremis» pelo juiz, não revela que é indispensável a intervenção do Estado?

Não, não só pela razão de que tal intervenção tem um carácter meramente homologatório, mas também porque a existên-

cia do casamento se verifica desde que a vontade dos nubentes se manifesta e não desde que se dá a ratificação judicial.

4.º — Em Portugal — para só falarmos no nosso país — anteriormente a 1910, o Estado aceitava o casamento religioso e reconhecia-lhe efeitos na ordem civil, não obstante a falta de intervenção do seu representante.

Este facto mostra iniludivelmente que não há uma vontade substancial na constituição do acto que possa imputar-se ao representante do Estado.

Mas não se pense que nos cingimos apenas ao passado.

Como sabemos, pela Concordata assinada em Roma em 7 de Maio de 1940, e ratificada em 1 de Junho do mesmo ano, e pelo decreto n.º 30.615, de 25 de Julho de 1940, publicado para sua execução, o Estado português reconheceu o casamento católico, regulado no Direito Canónico, como apto para produzir todos os efeitos civis.

«Absteve-se, assim, o Estado de fiscalizar a observância, na celebração do casamento católico, das normas por que no Direito Canónico é regulado. A Igreja entende que a disciplina do casamento católico lhe pertence exclusivamente; e o Estado aceita esta disposição da Igreja.

Não se pronuncia sobre a sua regularidade nem sobre a sua validade; não discute se é sempre sacramento ou se há algum caso em que seja só contrato.

A Igreja assegura que foi celebrado perante ela? O Estado reconhece-lhe, em princípios, efeitos civis» (1).

Trata-se, pois, de um caso em que o casamento, de forma alguma, pode ser considerado como acto do Estado. E em Direito Canónico a doutrina estabelecida é a de que, apesar de ser indispensável a intervenção de um sacerdote, o casamento é acto dos nubentes e não acto deste.

Poder-se-á objectar que formulamos a reserva de o Estado reconhecer, *em princípio*, efeitos civis ao casamento celebrado catolicamente e de harmonia com o Direito Canónico.

De facto, dissemos que esse reconhecimento era em princípio,

(1) Prof. Dr. Mário de Figueiredo, *A Concordata e o Casamento*, págs. 9 e 10.

pela circunstância de a produção de efeitos jurídico-civis estar dependente de uma formalidade: a transcrição do assento respectivo no registo do estado civil.

Dispõe, com efeito, o art. 2.º do decreto n.º 30.615: «O casamento celebrado em conformidade com as leis canónicas produzirá todos os efeitos civis *se o respectivo assento fôr transcrito no registo do estado civil*». Nesta mesma orientação estabelece-se no art. 17.º do mesmo diploma que «os casamentos «in articulo mortis», em iminência de parto, ou cuja imediata celebração seja expressamente autorizada pelo Ordinário próprio, por grave motivo de ordem moral, poderão ser contraídos independentemente do processo preliminar das publicações e *serão transcritos*, observando-se o disposto nos arts. 9.º a 12.º».

Em face destas duas disposições legais, a conclusão a tirar parece dever ser a de que, sendo necessária a transcrição para que o casamento produza efeitos na ordem civil, e sendo a transcrição o modo por que o Estado intervem em tais casamentos, a conclusão a tirar, dizíamos, parece dever ser a de que, mesmo quanto aos casamentos celebrados de harmonia com o Direito Canónico, a intervenção do Estado é necessária, substancial, decisiva, uma vez que a produção dos respectivos efeitos, depende dessa intervenção do Estado representada pela «transcrição».

A verdade, porém, é que a análise atenta da questão mostra ser insustentável tal orientação.

Como escreve o Sr. Prof. Dr. Mário de Figueiredo, «além de a transcrição retrotrair, em geral, os seus efeitos ao momento da celebração do casamento, quando não fizer retrotrair esses efeitos por ser feita fora de tempo, é ainda no casamento canónico que os efeitos civis vão filiar-se. O casamento canónico é que é a causa dos efeitos civis, não sendo a transcrição mais do que uma simples «*conditio juris*» para que se produzam. Os efeitos civis produzem-se sob a condição da transcrição, *mas não por causa desta: produzem-se por causa do casamento*.

Na verdade, dispõe o § 1.º do art. 2.º que «os efeitos do casamento *se produzem desde a data da celebração se a transcrição fôr feita nos sete dias ulteriores*. Não o sendo, os efeitos, relativamente a terceiros (*e só a terceiros*), contam-se a partir da transcrição».

Nesta mesma ordem de ideias e quanto aos casamentos urgentes, dispõe o § 2.º do art. 17.º que «os efeitos do casamento *retrotraem-se à data da celebração* sempre que a transcrição seja feita dentro de um mês a contar do recebimento do duplicado».

Retrotraem-se, pois, os efeitos civis do casamento canónico — quer se trate de casamentos comuns, quer de urgência — *à data da sua celebração e não à data da transcrição*, o que mostra, pois, que, na realidade, é o casamento que produz efeitos e não a transcrição. Se assim não fosse, os efeitos do acto contavam-se a partir da transcrição e não a partir da celebração.

Quer dizer: a intervenção do Estado não é decisiva, não é constitutiva, mas apenas declarativa.

Ele não vai dar o ser a um acto: vai apenas receber um acto que já existia. O acto era já válido mesmo antes da sua intervenção, simplesmente não produzia efeitos na ordem jurídico-civil.

O Sr. Prof. Dr. Paulo Cunha nem mesmo considera a transcrição como uma «*conditio juris*» relativamente ao casamento canónico. Para o citado Professor, a transcrição é como que a recepção do valor normal do casamento.

De qualquer das maneiras, o que é certo é não ser a intervenção do Estado substancial ao acto. «Ele já vivia, simplesmente o Estado não o conhecia». Não se trata, pois, de um acto do Estado; nem se trata de um acto do sacerdote à face da doutrina canónica: trata-se de um acto dos nubentes, cuja vontade é criadora, decisiva e substancial.

Concluindo, pois, temos que: quer pelo que respeita ao casamento celebrado em harmonia com as leis civis, quer pelo que respeita ao casamento celebrado em harmonia com as leis canónicas, trata-se sempre de um acto dos nubentes e só deles e não de um acto do Estado.

CAPITULO II

O CASAMENTO COMO ACTO DE DIREITO PRIVADO
E NÃO DE DIREITO PÚBLICO

Analisemos agora outro ponto: o de saber se o casamento será um acto de Direito Privado ou de Direito Público.

Três razões invoca o Sr. Prof. Dr. Paulo Cunha em abono da concepção de ser o casamento um acto de Direito Privado.

Em primeiro lugar, e como vimos já, o casamento é um acto sòmente dos nubentes, que nele intervêm como particulares, agindo em pé de igualdade, não representando nenhum deles o Poder Público, não intervindo qualquer deles revestido de «*jus imperium*».

Em segundo lugar, o casamento integra-se de pleno no Direito da Família, sendo este um ramo do Direito Privado. Embora este último ponto — o da inclusão do Direito da Família no Direito Privado — tenha sido muito combatido pelos escritores modernos, sobretudo por Cicu, a verdade é que a orientação predominante é a que tradicionalmente inclui o Direito da Família no Direito Privado. E a razão principal está em se atender, não como os romanos, ao interesse público ou particular como critério decisivo da distinção entre Direito Público e Direito Privado — e em face deste critério o Direito da Família seria manifestamente Direito Público —, mas sim à circunstância de na relação jurídica haver ou não um desnivelamento de posições por uma das partes intervir com poder político.

Por outras palavras: o critério é o de intervir ou não na relação jurídica o Estado, dotado de poder político.

Ora nas relações de família, quer se trate de parentesco, matrimónio ou afinidade, nunca intervem como sujeito o Estado ou qualquer das suas fracções políticas. Evidentemente que o critério do predomínio do interesse público ou privado não deve ser em absoluto afastado. Tal ideia, porém, não tem virtualidade para fazer incluir o Direito da Família no Direito Público ou, como pretende Cicu, numa categoria intermédia entre o Direito Público e o Direito Privado, mas apenas dá ao Direito da Família uma categoria àparte dentro do Direito Civil.

Uma vez, pois, que o Direito da Família é uma categoria do Direito Civil e este um ramo do Direito Privado, e que o casamento se integra de pleno no Direito da Família, temos, como consequência, ser aquele um acto de Direito Privado.

Finalmente, e em terceiro lugar, a própria lei se encarregou de declarar o casamento como civil, no art. 2.º da Lei do Casamento, quando dispõe que «este contrato é puramente civil». Ora se o legislador considerasse o casamento como um acto de Direito Público nunca usaria a expressão «puramente civil».

CAPÍTULO III

O CASAMENTO COMO CONTRATO

Abordemos agora a questão principal: a de saber se o casamento é ou não um contrato.

O caminho encontra-se agora bastante aplanado, uma vez que já deixamos determinado ser o casamento um acto dos nubentes e um acto de Direito Privado.

Estas duas conclusões auxiliam-nos de facto para a resolução desta nova questão. A própria lei se encarrega, porém, de nos fornecer a solução pretendida.

Qual a noção de contrato à face do Código Civil?

A noção legal de contrato consta do art. 641.º quando dispõe ser o contrato «um acordo por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito ou se sujeitam a alguma obrigação».

Em face desta noção não se pode hesitar em afirmar que o casamento é um contrato (1).

Mas não é só o art. 641.º que pode levar à conclusão de ser o casamento um contrato.

A própria lei como tal o considera expressamente, quando dispõe no art. 1.056.º do Código Civil ser «o casamento um contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente» e no art. 1.º da Lei do Casamento que «o casamento é um contrato...».

(1) Prof. Dr. Paulo Cunha, obra citada, pág. 239.

E nem obsta a tal qualificação a circunstância de existirem profundas diferenças entre o regime dos contratos em geral e o regime do casamento.

Como afirma o Sr. Prof. Dr. Paulo Cunha «podem duas realidades merecer a mesma qualificação e, contudo, mesmo em pontos porventura importantes e operosos, diferirem os regimes das duas realidades». O que existe neste caso é uma figura genérica que comporta várias espécies.

Aliás, a diferença capital de regimes que predominantemente impressiona os autores é a perpetuidade do casamento, como acontece em certos países em que o casamento só é dissolúvel por morte e como acontece em Portugal com os casamentos que seguem o regime de casamento canónico. Diz-se então: se todos os contratos são distratáveis e se com o casamento tal não sucede, segue-se que o casamento não é um contrato.

O raciocínio é, porém, vicioso, uma vez que nada se opõe a que, sendo os contratos em geral distratáveis, todavia, por virtude de disposição legal expressa, se abra uma excepção a tal respeito em relação a um determinado contrato. É que a distratabilidade não faz parte da noção de contrato, ninguém ao definir contrato exige a distratabilidade.

Por outro lado, tal argumentação perdeu grande parte do seu valor com a instituição do divórcio em Portugal depois de 1910.

Com efeito, desde 1910 a 1940, em relação a todos os casamentos, e desde 1940 pelo que respeita aos casamentos que seguem o regime de casamento civil, a permissão do divórcio por mútuo consentimento veio criar a possibilidade de o acto ser desfeito pelo consentimento das partes, *tal como acontece com os contratos*.

O principal alcance prático que resulta da qualificação do casamento como contrato é o de ser aplicável ao casamento tudo o que potencialmente se extraia da lei sobre contratos em geral, exceptuando-se apenas os casos em que a natureza especial do casamento se oponha a essa qualificação.

Note-se que tudo quanto dissemos respeita apenas ao aspecto «de jure condito», ao aspecto legal, e não ao aspecto «de jure condendo».

Interessa-nos, porém, a resolução dos problemas à face das

actuais disposições do direito constituído e não a face do aspecto «daquilo que deveria ser direito». Sob este aspecto não hesitávamos em negar ao casamento a qualificação de contrato.

De «jure condito», porém, o casamento é um contrato.

CAPÍTULO IV

CONSEQUÊNCIAS DESTA CONCLUSÃO

Feitas as considerações que deixamos expostas, podemos dizer que, de um modo geral, a questão se apresenta do seguinte modo: de um lado a classificação doutrinária dos actos jurídicos em actos regras, subjectivos, condições e mixtos, classificação em que se baseia o Sr. Prof. Dr. Machado Vilela para, da qualificação do casamento como acto condição, construir a doutrina sobre os vícios da vontade; do outro lado, encontramos perante a qualificação do casamento como contrato, mas qualificação esta já de índole diferente, visto ser o produto, não de uma elaboração puramente teórica e doutrinária, como a anterior, mas da própria lei, das próprias disposições do direito constituído, vigente.

Em face destas duas espécies de classificações, perguntar-se-á: a qual das duas se deverá atender? A ambas? A uma só?

A este respeito já fizemos considerações que nos habilitam a responder.

Dissemos então que a qualificação doutrinal do casamento como acto condição seria de aproveitar, *uma vez que da lei não resultasse uma qualificação diferente e expressa.*

Ora é precisamente o que acontece. Uma vez que a lei atribui expressa e incontestavelmente ao casamento a qualificação de contrato, é a esta qualificação, e não a qualquer outra, que no puro e simples domínio da teoria e da doutrina se baseia, que devemos atender.

É claro que não queremos com isto afirmar a possibilidade de separar rigidamente a doutrina da lei. Ambas se completam e poderosa é a influência que a primeira exerce no entendimento a dar à segunda; mas daí orientarmos o nosso raciocínio no

sentido de dar à doutrina um entendimento soberano e, até por vezes, contrário à própria lei, vai uma distância que princípio jurídico algum nos autoriza a transpor.

A doutrina é, sem dúvida, um ótimo processo de interpretação e integração da lei; nunca poderá, porém, ser um método de destruição da lei. Em nosso entender, uma vez que sob o aspecto legal se queira resolver um problema, é à própria lei que antes de mais nada se deverá atender. Evidentemente que a doutrina estabelecida sobre uma questão que se procura esclarecer, auxilia grandemente a encontrar a solução.

É um ponto sobre que não restam dúvidas. Mas se a doutrina conduzir a uma solução e a lei a outra, embora muito nos pese, é a esta e não àquela que cumpre atender.

No problema que estamos analisando, dá-se precisamente este caso: a *qualificação teórica e doutrinária* do casamento como acto condição, conduz a uma solução; e a *qualificação* legal conduz a uma solução diversa, como veremos.

Nestes termos, o caminho está traçado: é esta última qualificação — a legal — que deve prevalecer.

O antagonismo de conclusão a que ambas nos conduzem — uma regulando os vícios do consentimento pela lei nacional de cada um dos cônjuges e outra regulando-os diversamente, como adiante mostraremos — leva-nos a encarar a solução tal qual ela resulta da lei, pois à face da lei nos preocupou sempre a solução do problema.

Por muito boas que sejam as razões em que se baseia a solução resultante de considerar o casamento como um acto condição, há sempre latente este contra: trata-se de doutrina, apenas de doutrina. Se a lei com outra qualificação orienta para uma solução diversa, é a ela e só a ela que cumpre atender.

— A lei pode ser dura, mas é lei. —

Ao interprete impõe-se respeitá-la, e não esquecê-la.

SECÇÃO II

Lei reguladora dos contratos. Sua aplicação ao casamento

Qual o subsídio que para a resolução do nosso problema poderá resultar da circunstância de considerarmos o casamento como um contrato?

A resposta é simples: uma vez que considerámos o casamento como um contrato, «tornaram-se-lhe aplicáveis as disposições gerais sobre contratos; como a regulamentação jurídica do contrato casamento está longe de ser exaustiva, quando em qualquer ponto se levantar o problema de saber se para integrar um caso omisso deve o interprete recorrer à doutrina genérica sobre contratos ou antes a qualquer outra, entendemos que é a primeira solução que se impõe adoptar. Potencialmente, tudo o que da lei se extraia sobre contratos em geral, é aplicável ao casamento...».

É esta a opinião do Sr. Prof. Dr. Paulo Cunha, que referimos já. Interessa, pois, averiguar se existe no nosso direito alguma disposição reguladora dos contratos e que possa, portanto, aplicar-se ao casamento.

É este o subsídio que para a resolução do problema resulta da circunstância de qualificarmos o casamento como contrato.

Dispõe o art. 4.º do Código Comercial que «os actos de comércio serão regulados: 1.º — quanto à substância e efeitos das obrigações pela lei do lugar onde foram celebrados, salvo convenção em contrário».

É pacífica, pode dizer-se, a opinião de que esta disposição legal se refere à «substância e efeitos dos contratos».

Basta indicar algumas passagens do tratado do Sr. Prof. Dr. Machado Vilela — para citarmos apenas este autor — para constatar este facto: Assim, «o Código Comercial formulou um preceito geral que, por analogia, pode aplicar-se aos *contratos* civis e aos actos jurídicos unilaterais» — pág. 502; — «a doutrina e o direito positivo oscilam, fundamentalmente, entre dois sistemas, quanto à determinação da *validade e efeitos dos contratos*: o sistema da competência da lei do lugar da celebração e o sistema

da competência da lei do lugar da execução, o primeiro legislativamente consagrado pelo Código Comercial Português (art. 4.º n.º 1) — págs. 477 ; — «é pois sòmente com restrições que as leis relativas à *validade e efeitos dos contratos...*» — pág. 478.

Muitas outras opiniões poderíamos citar, para confirmar que o art. 4.º n.º 1 do Código Comercial se refere aos contratos civis.

Basta-nos, porém, a opinião autorizada do Sr. Prof. Dr. Machado Vilela.

Até mesmo da própria legislação estrangeira poderíamos tirar argumentos para confirmar a nossa opinião. Assim, por exemplo, o art. 9.º do Código Civil Italiano, ao falar na «substância e efeitos das obrigações», é interpretado por Diena, Fiore e Anzilotti, como referindo-se aos contratos ; a lei Congoleza, no art. 11.º, dispõe que «as *convenções* são regidas, quanto à sua substância, quanto aos seus efeitos e quanto à prova, pela lei do lugar em que são concluídas»; ainda, e àcerca do mesmo assunto, dispõe a lei japonesa que «a vontade das partes determina a lei reguladora da existência e efeitos dos actos jurídicos» (e os contratos são, como se sabe, actos jurídicos) ; o dahir marroquino contém, no art. 13.º, uma disposição segundo a qual as condições de fundo e os efeitos dos *contratos* são determinados pela lei a que as partes tiverem intenção de referir-se...»; finalmente, o art. 13.º do Código Civil Brasileiro refere-se também aos contratos e obrigações, procurando regulamentar a sua substância e os seus efeitos.

Todas estas disposições são correspondentes entre si e todas elas correspondem ao art. 4.º do nosso Código Comercial. Todas visam regular — embora cada uma de sua maneira — a mesma matéria, em todas elas se fala mais ou menos explicitamente em contratos.

E este tem sido também o entendimento da doutrina portuguesa quando procura interpretar o art. 4.º do Código Comercial: entender que ele se refere aos contratos.

Sendo assim, e referindo-se a disposição do art. 4.º aos contratos, refere-se implicitamente ao casamento, que como contrato deverá ser considerado.

Não será, evidentemente, um contrato de natureza idêntica à compra e venda, à pousada e aos outros contratos, será um con-

trato «sui generis», de natureza especial, mas é um contrato, e o princípio cuja aplicação aos contratos resulta do art. 4.º abrange assim, consequentemente, o casamento, como contrato que é.

Deste modo, a substância e os efeitos do casamento deveriam ser regulados pela lei do lugar da celebração, salva convenção em contrário.

Acontece, porém, existir na nossa legislação interna uma disposição — a do art. 143.º do Regulamento Consular — que manda regular o «direito de contrair casamento pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges».

Abrange esta fórmula, como vimos, a capacidade, uma das condições de validade intrínseca, e não a vontade.

Ora entendendo-se, como se deve entender, que a palavra «substância» do art. 4.º n.º 1 do Código Comercial significa condições de validade intrínseca — visto o n.º 3 do mesmo artigo referir-se expressamente à forma externa dos actos, o que vem comprovar que as condições de validade extrínseca não são abrangidas na palavra «substância» empregadas no n.º 1, — a conclusão a tirar é a de que havendo duas disposições legais que se referem à validade intrínseca, deve prevalecer aquela que expressamente se refere ao casamento, ou seja a do art. 143.º do Regulamento Consular.

Por outras palavras: o casamento é um contrato, e o art. 4.º n.º 1 do Código Comercial trata da substância — ponhamos agora de parte os efeitos — dos contratos, ou seja das condições de validade intrínseca, mandando-as regular pela lei do lugar da celebração, salva convenção em contrário.

Ora as condições de validade intrínseca são a capacidade e a vontade. Pelo que respeita à capacidade existe, porém, uma disposição expressa relativamente ao casamento, a do art. 143.º do Regulamento Consular, mandando-a regular pela lei nacional dos cônjuges. Já sabemos que a palavra «direito de contrair casamento» abrange apenas a capacidade.

Deste modo, deparam-se-nos duas disposições procurando regular a capacidade pelo que respeita ao casamento: uma é a do art. 4.º n.º 1 do Código Comercial, mandando-a regular como «condição de validade intrínseca» pela lei do lugar da celebração; outra, a do art. 143.º do Regulamento Consular, mandando-a re-

gular, ao falar em «direito de contrair casamento», pela lei nacional dos cônjuges.

Qual das duas disposições deverá prevalecer? Evidentemente que a segunda.

Entre uma disposição que expressamente se refere ao casamento e outra que só por analogia se pode aplicar ao casamento, visto tratar de contratos, e o casamento como dissemos ser um contrato, sim, mas de natureza muito especial, não há que vacilar: a preferência deve ser dada à disposição que especialmente regulou o assunto. Entre uma norma geral e uma norma especial prevalece esta última.

Portanto, quanto às condições de validade intrínseca, pelo que respeita ao casamento, e quanto à «substância» deste, o art. 4.º n.º 1 do Código Comercial não abrange a capacidade, visto esta ser especialmente regulada no art. 143.º do Regulamento Consular.

É de notar, porém, que, nem mesmo pelo que respeita aos contratos, a capacidade é abrangida na palavra «substância» empregada no n.º 1 do art. 4.º, uma vez que há uma norma especial — a do art. 12.º do Código Comercial — mandando-a regular pela lei nacional.

Há, assim, uma uniformidade de orientação que não deixa de merecer uma referência especial: a palavra «substância» empregada no n.º 1 do art. 4.º não abrange a capacidade, quer pelo que respeita aos contratos, quer pelo que respeita ao casamento, considerado este agora como um contrato de natureza diferente dos restantes; pelo que respeita aos contratos em geral, é a capacidade expressamente excluída e mandada regular pela lei nacional dos contraentes no art. 12.º do Código Comercial; pelo que respeita ao casamento, é igualmente mandada regular pela lei nacional dos futuros cônjuges, no art. 143.º do Regulamento Consular.

De uma maneira ou de outra, quer pelo que respeita aos contratos, num sentido amplo do termo, quer pelo que respeita ao casamento, a capacidade não está abrangida na palavra «substância» do n.º 1 do art. 4.º, não está incluída nas condições de validade intrínseca, que é o significado a atribuir à palavra «substância» empregada na citada disposição legal.

SECÇÃO III

*O princípio da autonomia da vontade e o art. 4.º
do Código Comercial. Esfera de aplicação. Regu-
lamentação dos vícios do consentimento*

Limitado, assim, o campo de aplicação do n.º 1 do art. 4.º às condições de validade intrínseca dos contratos, e excluída desta a capacidade por se encontrar especialmente regulada no art. 12.º, pelo que respeita aos contratos em geral, e no art. 143.º do Regulamento Consular, pelo que respeita ao contrato-casamento, em especial, resta determinar agora qual o âmbito de aplicação da citada disposição do art. 4.º

Dispõe este artigo, como sabemos, que a substância e os efeitos dos contratos são regulados pela lei do lugar da celebração, salvo convenção em contrário.

Formula-se na primeira parte uma regra de competência localisada — lei do lugar da celebração — e na segunda parte uma regra de competência voluntária — salva a hipótese de as partes terem escolhido outra lei.

A que matérias poderão aplicar-se estas duas espécies de regras?

A que condições de validade intrínseca se referirá o art. 4.º, uma vez que é este o significado da palavra substância? Excluída deste a capacidade, o que ficará abrangido na referida expressão?

Antes de respondermos a estas perguntas, analisemos o art. 4.º e os princípios nele consignados.

Reconhece esta disposição o princípio da autonomia da vontade, permitindo que as partes escolham a lei reguladora da substância e efeitos dos contratos e, só na falta desta escolha, considerando aplicável a lei do lugar da celebração do acto.

O princípio da autonomia da vontade em direito internacional deve-se a Dumoulin, o qual, classificando as leis em leis de forma e em leis de fundo, dividiu estas em leis imperativas e em leis suppletivas, relativamente às quais proclamou o princípio de que a vontade é soberana na sua escolha, quer essa escolha seja feita expressamente, quer tácitamente.

D'Argentré combateu vivamente a doutrina de Dumoulin, defendendo o princípio da absoluta territorialidade das leis, no que foi seguido pelos juristas belgas e holandeses do século XVII. Para eles, os estatutos, quer fossem pessoais, reais ou mixtos, eram sempre imperativos, nunca podendo as partes escolher a lei reguladora da relação jurídica.

Só no século XVIII a doutrina de Dumoulin triunfou, com a adesão dos escritores da escola francesa. Pode dizer-se até que o princípio da autonomia da vontade entrou num período de exagero, que o levou a ser desviado do campo das leis supletivas para ingressar no das leis imperativas.

Hauss, professor da Universidade de Goettingen, representou o momento culminante deste período de exagêro, preconizando que em todos os casos de conflitos de leis devia aplicar-se às relações jurídicas a lei a respeito da qual se provasse que fora a escolhida ou aceite pelas partes.

Nem a doutrina, nem a legislação, nem a jurisprudência, aceitaram, porém, esta orientação. Ao período de exagero seguiu-se um período de reacção, passando de novo o princípio da autonomia da vontade para o campo das leis supletivas. É este, com efeito, o campo em que o princípio da autonomia da vontade encontra justificação.

Como ensina o Sr. Prof. Dr. Machado Vilela, «o princípio deve limitar-se à esfera das leis supletivas e deve mover-se dentro da lei imperativa normalmente competente para reger a respectiva relação jurídica. Essa lei fixará o que é obrigatório e o que é facultativo, sendo apenas legítimo o exercício da autonomia a respeito do que é facultativo. Assim, se se tratar do regime de bens no casamento, começar-se-á por determinar qual é a lei normalmente competente para regular o regime. Assente, por exemplo, que é a lei nacional do marido, verificar-se-á o que nesta lei é imperativo e aquilo que é supletivo, para deste modo determinar onde começa a ser legítimo o exercício da autonomia da vontade.

Se, dentro dos limites marcados pela lei normalmente competente para regular a relação jurídica, os agentes dos actos não escolherem a lei reguladora dessa relação, importa determinar a lei supletiva que a há-de reger. E então, de duas uma: ou a *lex*

fori a indica expressamente e, em tal caso, o tribunal deve aplicar a lei supletiva indicada, ou as regras de conflitos da *lex fori* não indicam a lei supletiva competente, e nesse caso devem aplicar-se as disposições supletivas da lei normalmente competente para regular a relação jurídica, pela razão de que é lógico manter a unidade de regime de uma relação jurídica, quando as partes, podendo desviar a aplicação das disposições supletivas daquela lei, as não desviaram».

Conhecido assim, o princípio e o seu significado, voltemos ao art. 4.º do Código Comercial, onde o mesmo princípio se encontra consagrado.

Note-se, porém, não ser esta única disposição onde tal princípio se encontra estabelecido.

O nosso direito interno reconhece a legitimidade do princípio da autonomia da vontade a respeito de todas as relações jurídicas em que há leis supletivas: assim, além do art. 4.º, já citado, encontramos, na mesma ordem de ideias, o art. 1.107.º do Código Civil, pelo que respeita ao regime de bens no casamento.

Quanto aos direitos reais, embora nenhum preceito expresso se encontre, como as nossas leis admitem a existência de leis supletivas nesta matéria, é lógico aceitar o mesmo princípio, quanto ao regime jurídico internacional dos direitos reais, sempre que na sua regulamentação existam leis de carácter supletivo. Finalmente, e em matéria de sucessão testamentária, embora não exista também nenhuma disposição que expressamente reconheça o princípio da autonomia da vontade, todavia, pela semelhança que existe entre o acto testamentário e o contrato antenupcial, o regime dos dois actos jurídicos deve ser análogo, e, por isso, naquilo que é imperativo, a devolução da quota disponível deve ser regulada pela lei nacional do autor da herança e, naquilo que é supletivo, pela lei escolhida pelo testador e, se ele não escolher lei alguma, também pela sua lei nacional.

Interessa-nos, porém, a aplicação do princípio pelo que respeita ao art. 4.º do Código Comercial, quando manda regular a substância e os efeitos dos contratos pela lei escolhida pelas partes e, na falta desta, pela lei do lugar da celebração do acto.

Fala este artigo em substância, ou seja, em condições de vali-

dade intrínseca. Dissemos já estar excluída de tal formula a capacidade. Que abrangerá ela então?

Embora as opiniões se dividam, a verdade é que a tendência mais generalizada é a de que na palavra substância se inclui tudo o que respeita a validade intrínseca da obrigação, cuja lei pode ser, portanto, livremente escolhida pelas partes. Deste modo, *a vontade, como condição de validade intrínseca, está compreendida na palavra substância.*

É esta a opinião do Dr. Veiga Beirão, autoridade especial em tal assunto, visto ter sido o autor do Código Comercial, de Fiore, em face de disposição idêntica do Código Italiano, do Sr. Prof. Dr. Rocha Saraiva, etc.

Assim o entendemos também, como veremos mais adiante.

Desta maneira, mesmo não abrangendo a palavra substância a capacidade, ficam nela abrangidas matérias reguladas por leis que têm, não carácter supletivo, mas carácter imperativo. É o que acontece, por exemplo, com as disposições reguladoras dos *vícios do consentimento*, que têm carácter imperativo e não supletivo.

Ora o que seria racional era que o princípio da autonomia da vontade se applicasse em direito internacional, tal como em direito interno, só a matérias reguladas por leis de carácter supletivo.

Por isso o Sr. Prof. Dr. Machado Vilela é de opinião que o artigo deve ser interpretado assim: a substância e os efeitos das obrigações serão regulados pela lei do lugar de celebração, *salvo convenção em contrário, naquilo em que é possível convencionar em contrário.*

Assim, a lei competente será a do lugar de celebração do acto, a não ser que as partes tenham escolhido, quando o possam fazer por se tratar de matérias reguladas por leis supletivas, uma lei diferente.

Desta maneira, as partes não poderão convencionar a lei reguladora dos vícios do consentimento, porque as disposições que os regulam são de carácter imperativo.

Discordamos, salvo o devido respeito, desta opinião. Sem dúvida que concordamos com a orientação que o Sr. Prof. Dr. Machado Vilela entende dever ser dada ao princípio da autonomia da vontade e que atrás expusemos, — não há dúvida que tal

princípio deverá ser aplicado em direito internacional com o mesmo carácter com que é aplicado em direito interno: apenas àquelas matérias reguladas por leis de carácter supletivo. Nunca poderão, assim, as partes escolher a lei reguladora dos vícios do consentimento, por se tratar de matéria regulada por leis imperativas nas legislações dos diversos Estados.

A verdade, porém, é que nada autoriza a cingir a interpretação «de jure condito» à interpretação «de jure condendo».

Por outras palavras: «de jure constituendo», a opinião do Sr. Prof. Dr. Machado Vilela é indubitavelmente, a mais correcta: o princípio da autonomia da vontade deve aplicar-se em direito internacional tal como se aplica em direito interno, isto é, apenas àquelas matérias que são reguladas por leis de carácter supletivo. Nestes termos, o n.º 1 do art. 4.º do Código Comercial, consignando o princípio da autonomia da vontade a respeito das condições de validade intrínseca dos contratos, só deve aplicar-se às que, de entre elas, sejam reguladas por normas de carácter supletivo nas legislações dos diferentes Estados. Não poderá, assim, aplicar-se o princípio consagrado naquela disposição legal aos vícios do consentimento, por exemplo, por se tratar de matéria regulada por leis imperativas nas legislações dos diversos países; trata-se de matéria relativamente à qual as partes não podem escolher a lei reguladora.

«De jure condendo», de facto, é esta a solução que se impõe adoptar.

«De jure condito», porém, isto é, em face do direito constituído, vigente, tal como resulta da própria lei, a solução a adoptar tem de ser outra.

Em primeiro lugar, a opinião mais generalizada é a de que o n.º 1 do art. 4.º, ao falar em «substância», se refere a todas as condições de validade intrínseca, apenas se excluindo a capacidade, por haver disposição especial que expressamente a considera: a do art. 12.º

Dentro desta orientação, avulta, pela sua especial autoridade, a opinião do Dr. Veiga Beirão.

Dotado de uma profunda e vasta cultura em matéria comercial, Veiga Beirão pode dizer-se que foi o introdutor, entre nós, das novas concepções jurídico-comerciais. Compreende-se, assim,

que tenha sido ele o autor do Código Comercial de que faz parte a disposição que estamos analisando.

A sua opinião há-de, por isso, ocupar um lugar de especial relevo, não podendo nós deixar de a referir.

A «Revista do Comércio», de que Veiga Beirão foi um dos mais insignes colaboradores, contém algumas passagens firmadas pela pena ilustre do autor do Código Comercial.

Assim, nas 3.^a e 4.^a séries da citada publicação, escreve Veiga Beirão, a propósito do n.º 1 do art. 4.º:

«A jurisprudência mais seguida, torna dependente da vontade dos contraentes, expressa ou tácitamente, a aplicação da lei reguladora das obrigações. A regra é, a nosso juízo, fundada. Toda a nação tem o dever de respeitar a liberdade que o direito concede ao homem de se obrigar conforme fôr a sua contade.

Não faz com isso mais do que prestar homenagem à liberdade — à autonomia, como se exprimem os alemães — dos estrangeiros que contratam em território nacional.

Isto posto, deve ser, em tese, permitido a estes o conformar-se, quanto às obrigações, à sua lei pessoal ou a outra qualquer que escolham.

Havendo, pois, declaração expressa das partes, neste sentido, a lei aplicável tem de ser a escolhida no contrato.

Não havendo declaração expressa, torna-se necessário presumir qual a lei a que se quiseram submeter, apresentando-se, neste caso, como presunção mais provável a de que as partes se quiserem sujeitar à lei do país em que contrataram.

O nosso Código Civil não estabelece presunção alguma a respeito da vontade das partes se sujeitarem a esta ou aquela lei.

O Código Comercial, porém, prescreveu no art. 4.º que os actos de comércio serão regulados, quanto à sua substância, pela lei do lugar em que foram celebrados. É a aplicação do princípio de «locus regit actum».

A regra, porém, tem uma excepção, qual a consignada no mesmo artigo, das partes convencionarem a aplicação de uma lei estrangeira.

O nosso Código admitiu expressamente, pois, a autonomia convencional, isto é, a liberdade para as partes de escolherem a lei a que a substância da obrigação há-de ficar sujeita.

O Instituto de Direito Internacional, em sessão celebrada em Florença, em 1908, reconheceu, em tal matéria, a autonomia convencional».

E mais adiante :

«*A substância do acto, compreende tudo aquilo sem o que este não poderia existir, ou seja, a contracção do vínculo legal (nexum) indispensável para se contrair uma obrigação ou adquirir um direito.*

Ora essa contracção compreende essencialmente, por um lado, o consentimento ou, com mais propriedade, a vontade do agente e, por outro lado, a possibilidade física e legal de a poder exercer com respeito a determinado objecto ou facto».

Estas as palavras de Veiga Beirão, autor do Código Comercial, acêrca do n.º 1 do art. 4.º do mesmo Código.

Delas se conclui, sem sombra de dúvida, que a palavra «substância» compreende o consentimento, a vontade — a «substância» do acto compreende a contracção do vínculo, e a contracção compreende essencialmente, por um lado, o *consentimento* ou, com mais propriedade, a *vontade*.

Por outras palavras : «a substância do acto compreende *tudo* aquilo sem o que este não poderia existir».

Como escreve o Sr. Prof. Dr. Machado Vilela, das palavras de Veiga Beirão pode concluir-se que, «perante a nossa lei, a lei reguladora da obrigação, tanto na sua validade intrínseca como nos seus efeitos, é a lei escolhida pelas partes».

Não se pense, porém, que atribuímos à opinião do legislador um valor decisivo. Não. O que dissemos atrás mantemos agora. Simplesmente, quando da análise da própria lei, do próprio aspecto «de jure condito» do problema, resulta uma conclusão, e da doutrina, do pensamento do legislador, sobre a mesma questão, resulta idêntica solução, a apreciação deste aspecto é, sem dúvida, de manifesta utilidade na análise do primeiro aspecto. Se há divergência entre o aspecto «de jure condito» e o aspecto «de jure condendo», deve prevalecer o primeiro; se não há divergência, o segundo traduz-se num elemento de confirmação do primeiro. É o que acontece no caso presente.

Sob o aspecto «de jure condito», é manifesto que a palavra substância apenas não abrange a validade extrínseca e, de entre

a validade intrínseca, a capacidade, por haver disposições que especialmente as regulam.

Quanto aos restantes aspectos da substância do acto jurídico, todos são compreendidos nela, *tudo aquilo sem o que o acto não poderia existir*.

Se «de jure condendo» esta opinião não é defensável — com o que concordamos — a verdade é que «de jure condito», em face do direito constituído, não vemos como fugir dela.

O consentimento, como elemento componente da validade intrínseca do acto, está abrangido na palavra substância; a lei não distingue, tudo engloba e, «onde a lei não distingue, não deve nem pode o intérprete distinguir».

Por outro lado, se a lei quisesse excluir o consentimento, nada mais fácil; bastava dizê-lo.

Se não se quisesse sujeitar os vícios do consentimento aos princípios da autonomia da vontade e da territorialidade das leis, havia, de facto, um caminho a seguir para evitar todas as dúvidas: proceder como se procedeu com a capacidade: excluí-los expressamente. Também a capacidade é regulada, nas legislações dos diversos Estados, por leis de carácter imperativo e, não obstante isto, se não houvesse no Código Comercial uma disposição regulando-a expressamente, embora muito nos pesasse, a solução a tirar da própria lei era considerá-la incluída na palavra substância e, portanto, sujeita aos princípios da territorialidade e da autonomia da vontade.

É a orientação que entendemos dever ser seguida quanto aos vícios do consentimento: considerá-los abrangidos na disposição do n.º 1 do art. 4.º, uma vez que a lei não distingue.

O intérprete tem limites à sua actividade, limites esses que são postos pela própria lei. Ir até ela, sim; além dela, não.

De tudo o que deixámos exposto se conclui, portanto, que todas as condições de validade intrínseca dos contratos — à excepção da capacidade — são reguladas pela lei do lugar da celebração do contrato, a não ser que haja convenção das partes em contrário. Neste caso, prevalece a vontade das partes, sendo as referidas condições reguladas pela lei livremente escolhida por elas.

Domina, portanto, o princípio da autonomia da vontade; a lei que as regula é, portanto, em princípio, uma lei de competência voluntária, cujo significado já indicámos atrás.

Na falta de lei escolhida pelas partes, domina então o princípio da competência territorial ou localizada.

SECÇÃO IV

Os vícios do consentimento quanto aos contratos e quanto ao casamento. Sua identificação em face da noção jurídica ampla de contrato.

Determinado que os vícios do consentimento, pelo que respeita aos contratos, são regulados pela lei do lugar da celebração do acto, salvo convenção em contrário, vejamos se é possível ampliar esta solução de modo a abranger nela também o casamento.

Já vimos que o casamento, à face da nossa lei, é um contrato, um verdadeiro contrato. Já vimos mesmo que, não obstante este facto, o casamento tem uma regulamentação que se não afasta muito da dos contratos.

Assim:

A forma externa dos contratos, idênticamente ao casamento, é regulada pela lei do lugar da celebração; também a capacidade, quer pelo que respeita aos contratos, quer pelo que respeita ao casamento, é regulada pela lei nacional das partes.

Há, assim, uma aproximação de regulamentação legislativa que reflete bem a qualificação de contrato dada pela lei ao casamento.

Nestas circunstâncias, e não havendo regulamentação expressa do assunto, pelo que respeita ao casamento, entendemos dever aplicar-se aqui a solução a que chegámos quanto aos contratos propriamente ditos: regulamentar os vícios do consentimento de harmonia com a lei do lugar da celebração, salvo convenção em contrário.

Poderá, à primeira vista, parecer estranha esta solução, mas a verdade é que, se descermos à realidade das coisas — e não apenas ao seu aspecto teórico —, ela impõe-se e nada tem de estranha.

Houve sempre, com efeito, uma coisa que nos preocupou no decorrer deste trabalho: aproveitar a teoria, sim, mas só até onde a realidade legislativa o permitisse. Sempre nos propusemos encarar os problemas à luz do puro aspecto legal, não «de jure condendo» mas «de jure condito».

Nestas condições, a solução que apresentamos é a que, na realidade, é imposta pela própria natureza das coisas.

Vejamos porquê, recapitulando esquematicamente o que demonstrámos:

1.º — O art. 1.º da Convenção Internacional de Haia sobre o casamento e o art. 143.º do Regulamento Consular, ao disporem que «o direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges», não abrangem na expressão «direito de contrair casamento» os vícios do consentimento.

2.º — O problema respeitante aos vícios do consentimento terá de ser resolvido à face de possíveis critérios de orientação doutrinária, uma vez que da própria lei não possa resultar nenhum critério de orientação.

3.º — À face da lei portuguesa o casamento é um contrato.

4.º — Quanto aos contratos, a sua substância é regulada pela lei do lugar da celebração do acto, salvo convenção em contrário.

5.º — A palavra «substância» compreende todas as condições de validade intrínseca, à excepção da capacidade.

6.º — Os vícios do consentimento, quanto aos contratos, portanto, são regulados pela lei do lugar da celebração, salvo convenção em contrário.

7.º — O casamento, sob o aspecto legal, está qualificado como contrato e, portanto, os vícios do consentimento a seu respeito, terão a mesma regulamentação que a respeito dos contratos.

Foi este o raciocínio que seguimos. Poderá, de facto, parecer um pouco frio, um pouco raciocínio «de mais», mas o que é

indiscutível é que, à face da lei, único aspecto que deve preocupar o cultor do Direito, ele é indiscutivelmente certo.

Se há qualquer exagero, qualquer excesso, o defeito não está no raciocínio em si, mas sim na própria base em que ele sempre assentou: a lei.

CAPÍTULO V

CONCLUSÕES

- a) — Resolução do problema;
- b) — Sua colocação;
- c) — Vantagens;
- d) — Defeitos. Sua refutação;
- e) — Exemplificação e importância.

a) — De todo o exposto resulta que, em matéria de casamento, os vícios do consentimento serão regulados pela lei do lugar da celebração do acto, salvo convenção das partes, em contrário.

Esta a solução que resulta do silêncio da lei a tal respeito e da circunstância de considerarmos o casamento como um contrato.

Seguimos, portanto, o critério adoptado por Dreyfus, quando preconiza como lei reguladora dos vícios do consentimento a do lugar da celebração do acto: «é no lugar onde o consentimento se produz que ele se localiza».

Não o seguimos, porém, de modo absoluto. Só até certo ponto o critério de Dreyfus nos parece merecedor de adopção: até ao ponto em que a lei portuguesa o permite.

E, assim, admitimos, como alternativa, o sistema da autonomia convencional, adoptado pelo art. 13.º do Dahir marroquino, de 12 de Agosto de 1913, sobre a condição civil dos franceses e estrangeiros no protectorado francês de Marrocos, e pelo art. 7.º da lei japonesa, de 15 de Junho de 1898.

Lei do lugar da celebração: critério de Dreyfus; salvo a existência de *Lei escolhida pelas partes*: orientação japonesa e mar-

roquina. Ambas estas realidades se adaptam perfeitamente à realidade jurídica portuguesa, expressa no art. 4.º n.º 1, do Código Comercial.

b) — Esta solução é apenas a que respeita ao direito português comum, ou melhor, ao nosso direito interno internacional relevante.

Sob o aspecto de direito convencional, nada está estabelecido.

É só pelo que respeita ao direito interno internacionalmente relevante — art. 4.º do Código Comercial — que o problema encontra solução.

Daqui resulta que o âmbito dela há-de, portanto, ser muito mais restrito do que seria se resultasse de uma convenção internacional.

Não se trata de uma disposição de direito interno imposta pelo direito internacional, cuja promulgação represente o cumprimento de um dever internacional; trata-se, antes, de uma lei permitida pelo direito internacional, ou melhor, de uma lei de livre iniciativa do Estado.

c) — A solução do problema tem uma vantagem indiscutível: a que resulta de todas as soluções que evitem os conflitos de leis e a desorientação legislativa.

Com efeito, se formos aplicar ao problema a resolução preconizada, por exemplo, pelo Sr. Prof. Dr. Machado Vilela, teremos que os vícios do consentimento em matéria de casamento serão regulados pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges. Haverá, assim, duas leis a regular um só aspecto do mesmo acto: a sua validade intrínseca.

Com a solução que propomos já a questão se apresenta de modo diverso: o consentimento é prestado num lugar e é a lei desse lugar que o deve regular.

É claro que as partes poderão convencionar a lei reguladora do consentimento, afastando assim a aplicação da lei do lugar da celebração. Mesmo neste caso, porém, entendemos que a lei escolhida deve ser uma única e não uma por cada cônjuge, uma vez que se trata do mesmo aspecto — validade — dum só acto — casamento —, aspecto esse cuja apreciação poderá conduzir a

uma só solução — validade ou invalidade — que igualmente afecta a ambas as partes.

É claro que se poderá argumentar com a circunstância de a capacidade ser regulada por duas leis nacionais, relativas a cada um dos cônjuges.

A isto responderemos, porém, que há diferenças fundamentais entre o aspecto capacidade e o aspecto consentimento. Com efeito, enquanto que o primeiro se prende indissolúvelmente à lei nacional do sujeito do direito, o segundo já não apresenta essa conexão tão decisiva.

A capacidade *tem de ser* regulada pela lei nacional, porque a isso obriga o respeito que cada Estado deve ter pela livre regulamentação da condição jurídica dos estrangeiros pelos respectivos Estados, porque assim o impõe o princípio da natural colaboração internacional e de mútua liberdade que deve ser reconhecida a cada Estado de poder determinar livremente e por forma a ser acatada, quais as condições de que depende serem os seus súbditos capazes ou incapazes.

Por outro lado, a capacidade funciona normalmente antes da realização do acto, ao passo que os vícios do consentimento funcionam sempre depois do acto já praticado.

Deste modo, é muito menor a complicação que resulta do facto de serem duas as leis aplicáveis à capacidade, do que resultaria do facto de serem duas as leis aplicáveis ao consentimento.

Quanto à capacidade, a aplicação cumulativa das duas leis pode levar à não realização de um acto que ia ser praticado: a capacidade funciona normalmente antes da realização do acto e, por isso, poucos serão os interesses atingidos pela não celebração do acto jurídico: a aplicação simultânea de duas leis pelo que respeita aos vícios do consentimento, além da natural consequência de provocar um conflito de leis, teria ainda como consequência tornar muito mais frágil a estabilidade do acto, uma vez que a possibilidade da sua destruição aumentaria.

Ora é muito mais grave a destruição de um acto já realizado do que a não permissão da sua realização.

Por outras palavras: enquanto que a capacidade se prende individualmente a cada um dos cônjuges, podendo, portanto, ser apreciada isoladamente a respeito de cada um deles sem que

o acto — ainda por realizar — seja afectado, o consentimento, pelo contrário, interpenetra os dois cônjuges e o acto já realizado, de modo que a sua apreciação em relação a cada um deles não pode ser feita separadamente do outro e do acto já praticado. Ora sendo uma só lei a regular os vícios do consentimento, tudo se simplifica, é menor a possibilidade de se gerarem conflitos de leis, e de se destruírem actos até então aparentemente válidos: os interesses afectados serão muito menores.

É claro que a capacidade também pode funcionar posteriormente à celebração do acto e levar à sua destruição. Simplesmente, neste caso, não existe processo de evitar esta consequência e, portanto, ela tem de ser aceita. Nos vícios do consentimento, porém, é que é muitíssimo maior, em relação à capacidade, a possibilidade de virem a destruir o acto já realizado.

Além de que, note-se ainda, pelo que respeita à capacidade há necessidade da sua prova, o que vem diminuir bastante a possibilidade do acto ser praticado por um incapaz e vir, portanto, a ser nulo ou anulável.

Se a lei que regula o consentimento fôr a do lugar da celebração do acto, é fácil para ambos os cônjuges tomarem conhecimento dela, uma vez que vão praticar o acto no país onde vigora a lei; se ela fôr, não a do lugar da celebração, mas a escolhida pelas partes, é lógico que, tendo havido escolha, ambos a conheçam e, portanto, ambos tenham ponderado bem sobre as suas vantagens e inconvenientes.

Se, porém, a lei reguladora do consentimento fôr a nacional de cada um dos futuros cônjuges, já as possibilidade de conhecimento são muito menores. Por vezes os futuros cônjuges são de nacionalidades de tal forma estranhas um ao outro que nem os próprios idiomas conhecem; com uma só lei as probabilidades de conhecimento são muito maiores, uma vez que é natural cada um procure conhecer — para o que há facilidade — a lei que o rege. Não conhecendo a lei, não se sabe o risco que corremos; conhecendo-a, sabemos com o que contamos.

d) — A solução apresentada poderá apontar-se um defeito, ou melhor, um perigo, que, afinal, bem vistas as coisas, nem chega a existir.

Vejamos em que consiste esse defeito aparente :

Realizado o casamento em Portugal, em face da solução proposta, duas hipóteses são possíveis ; ou os cônjuges não escolheram a lei aplicável ao consentimento ou a escolheram.

No primeiro caso, é aplicável a lei portuguesa como lei do lugar da celebração e, portanto, o casamento será nulo ou anulável nos termos em que o seria se se tivesse realizado entre dois portugueses ; se escolheram a lei reguladora do consentimento será esta a aplicável, em obediência ao predomínio da autonomia convencional.

Ora, quanto a esta última hipótese, poderá dizer-se que há a possibilidade de a lei escolhida pelas partes ser ofensiva do sistema jurídico português, não se harmonizar com os princípios que informam o nosso direito constituído sobre tal matéria.

Com efeito, como sabemos, os sistemas jurídicos nacionais não são iguais ; pelo contrário, variam de Estado para Estado.

Deste modo, poderá muito bem acontecer que as partes escolham uma lei pertencente a um sistema jurídico bastante divergente do nosso.

E, assim, um casamento realizado em Portugal e que à face da lei portuguesa seria nulo ou anulável, será válido se a lei escolhida pelas partes como tal o considerarem.

A este facto poderemos objectar com a circunstância de se poder verificar o mesmo inconveniente, se os vícios do consentimento forem regulados pela lei nacional das partes.

É claro que neste caso não existirá a liberdade de escolher uma lei que favoreça os nossos interesses, mas também, no caso de ser escolhida a lei, há que contar com o acordo das partes, ou melhor, com a não oposição da outra parte.

Assim, se eu escolher uma lei que me possa beneficiar, não significa isto que ela se aplique forçosamente, o que não acontecerá se a lei aplicável fôr a nacional. Há que contar sempre com o acordo do outro cônjuge e com o cuidado que ele naturalmente põe também na defesa dos seus interesses.

Se a lei escolhida se prestar a fraudes, se fôr de natureza a satisfazer indevidamente os interesses de qualquer dos cônjuges, o defeito não está na circunstância de ela poder ser escolhida,

mas sim no facto da sua própria existência com um carácter que permite fraudes ou favorece interesses.

Este mesmo inconveniente se verificaria se o casamento se realizasse entre duas pessoas, uma das quais fosse nacional do Estado a cujo sistema jurídico pertencesse tal norma, se se considerasse como lei aplicável a lei nacional.

Por outro lado, há sempre a possibilidade de a lei estrangeira, quando escolhida, se não aplicar.

Já vimos, com efeito, que a lei normalmente competente para regular uma relação jurídica internacional de carácter privado, quer se trate de uma lei de competência personalizada, localizada ou voluntária — como seria no caso de a lei ter sido escolhida pelas partes —, nem sempre se aplica. Para que o possa ser necessita, antes de mais nada, de não contrariar o sistema jurídico do Estado local, pelo que respeita às suas disposições de interesse e ordem pública.

Sendo assim, se a lei escolhida pelas partes para regular o consentimento fôr uma lei cuja aplicação se torne inconveniente pela ofensa que revela ao sistema jurídico português sobre vícios do consentimento em matéria de casamento, tal lei não se aplicará por ser contrária aos princípios de interesse e ordem pública do Estado, às suas leis de interesse e ordem pública, desde que, como tais, se possam considerar as disposições que respeitam aos vícios do consentimento.

Há sempre, portanto, uma válvula de segurança, digamos assim, um meio de impedir a aplicação de uma lei estrangeira: ser ela contrária aos princípios de interesse e ordem pública do Estado local.

Falta analisar dois pontos assinalados pelo Sr. Prof. Dr. Machado Vilela em contrário da doutrina que apresentamos.

Entende, com efeito, o ilustre Professor, que não é de aceitar a doutrina de as partes poderem escolher a lei reguladora do consentimento, por dois motivos: o primeiro, por tais leis serem de natureza imperativa, e o segundo, por ser absurdo depender da vontade a escolha da lei reguladora da formação da mesma vontade.

Quanto ao primeiro ponto, entendemos que não deve partir-se da natureza das normas para uma solução, mas sim encontrar a

solução que melhor se harmonise com determinado sistema jurídico e de tal circunstância concluirmos, então, a natureza das respectivas normas.

A mobilidade dos fins sociais a que o Direito deve pretender corresponder, exige uma flexibilidade sensível de conceitos técnico-jurídicos que não se harmonizam com a rigidez de qualificações. Em direito interno são de natureza imperativa as normas que regulam o consentimento, mas em direito internacional? Serão elas forçosamente da mesma natureza? Há, com efeito, que distinguir as duas ordens jurídicas, cada uma delas com o seu carácter próprio, individualizado, específico.

Não são também imperativas as leis de um Estado, que estabelecem para os seus nacionais impedimentos de ordem exclusivamente religiosa — imperativas, no sentido de proibitivas?

Suponhamos, com efeito, que a lei portuguesa apenas reconhecia como válido o casamento celebrado sob a forma religiosa e que, de entre os impedimentos à celebração de tal espécie de casamento, se contavam os impedimentos de «disparitas cultus» e de «votum».

Não seriam imperativas as leis que estabelecessem tais impedimentos?

Evidentemente que sim.

Ora, não obstante o carácter imperativo de tais normas, a Convenção Internacional de Haia sobre casamento permitiu (art. 3.º) ao Estado da celebração do casamento a realização deste, muito embora pela lei nacional dos cônjuges houvesse impedimentos. Perderam, por tal facto, o carácter imperativo, as leis sobre impedimentos matrimoniais? Não; simplesmente, esse carácter cedeu neste caso, em direito internacional privado, por razões de oportunidade.

O que a técnica jurídica impunha de facto, era que o Estado local respeitasse *todos* os impedimentos formulados pela lei normalmente competente, para regular o direito de contrair casamento. Assim o entenderam, com efeito, as duas primeiras conferências.

Todavia, a Bélgica e a França propuseram, sobre o projecto de programa da terceira conferência, a alteração que ficou a constar do art. 3.º

Quere dizer : a Convenção, pelo art. 3.º, concedeu ao Estado local uma faculdade de permissão, *autorizando-o a restringir o sistema de impedimentos* da lei normalmente competente para reger o direito de contrair casamento.

Ora, se em direito interno as leis que estabelecem os impedimentos matrimoniais são leis de carácter imperativo e se em direito internacional tais leis podem perder a natureza rigida de imperativas — ¿ porque não admitir do mesmo modo que, embora em direito interno as leis sobre o consentimento tenham carácter imperativo, em direito internacional elas possam, por vezes (só quando haja convenção), perder também essa qualidade ? Onde identidade de motivos, identidade de soluções.

O exemplo da lei japonesa e do dahir marroquino provam bem que assim pode ser e são precedentes legislativos a tomar em consideração.

Poder-se-á dizer que, pelo facto de um português casar no Japão com uma japonesa e de terem escolhido, como lhes é permitido, a lei reguladora do seu consentimento, que a lei portuguesa sobre impedimentos perdeu, em relação ao cônjuge português, o seu carácter de imperativa ? !

Cremos que não.

Os dois campos distinguem-se, portanto, como distintos que são : em direito internacional as normas podem ser escolhidas e não deixarem de ser imperativas em direito interno.

Resta-nos apreciar a segunda questão invocada pelo Sr. Prof. Dr. Machado Vilela em contrário do sistema que apresentamos : a de constituir um absurdo tornar dependente da vontade a escolha duma lei reguladora da mesma vontade. Não concordamos, salvo o devido respeito, com a opinião do ilustre Professor.

Há, com efeito, que separar dois aspectos absolutamente distintos, que se não confundem : um, o de a vontade poder escolher a lei reguladora do consentimento, outro, o de a lei, uma vez escolhida, se impor à vontade.

Na verdade, a vontade pode escolher a lei reguladora, mas não é ela, vontade, que vai organizar o regime jurídico que há-de ficar a vigorar ; esse regime está estabelecido na lei que, uma vez escolhida, se aplica imperativamente.

A parte escolhe a lei — primeiro momento — ; uma vez esco-

lhida a lei, esta impõe-se à vontade, que fica, assim, subordinada à lei.

Se fossem as próprias partes a organizar o regime jurídico que deveria regular o seu consentimento, então a objecção do Sr. Prof. Dr. Machado Vilela procederia.

Ora não é isto que se passa.

O regime jurídico está já organizado na lei e às partes fica a possibilidade de escolherem esta ou aquela lei. Escolhida uma lei, aplicar-se-á então o regime jurídico nela organizado, sem que neste momento já a vontade tenha qualquer intervenção. São, portanto, dois momentos distintos.

Assim como o Estado se subordina ao Direito, também a vontade subordina a sua formação ao regime jurídico estabelecido na lei por ela própria — vontade — escolhida.

Poder-se-á dizer que, afinal, em última análise, é a vontade que escolhe o regime jurídico aplicável, mediante a escolha que faz da lei que o consagra. Em vez de se escolher o regime jurídico, começa-se por se escolher a lei onde ele está estabelecido.

Mesmo que assim fosse, diríamos que a vontade não deixa de ficar subordinada à lei e que não é ela a organizar o regime jurídico, mas sim a lei.

Suponhamos que numa lei existem, por exemplo, disposições que me convêm e outras que contrariam os meus interesses, mas que, de entre as várias leis que eu podia escolher, esta era, não obstante as suas disposições que me desagradam, a que, no fim de contas, ainda me favorece, sendo por isto a escolhida. Ora, se eu organizasse o regime jurídico que deveria regular o meu consentimento, evidentemente que o organizaria com as disposições favoráveis desta lei, as favoráveis da outra, etc.

O que acontece, porém, não é isto.

Eu limito-me apenas a escolher aquela lei que contém — em relação às outras — o maior número de disposições favoráveis, mas, escolhida ela, aplicar-se-á na sua totalidade, mesmo naquelas disposições que me são desfavoráveis.

Este exemplo mostra bem que, pelo facto de a vontade escolher a lei, não deixa de ficar subordinada a ela, o que são, portanto, coisas distintas.

Escolher a lei não significa escolher o regime.

Para vermos que assim é, basta citarmos algumas passagens do próprio tratado do Sr. Prof. Dr. Machado Vilela sobre um outro ponto, o que se refere à doutrina de Savigny.

«Nas doutrinas de exagero da autonomia da vontade, indica Pillet, logo depois da de Hauss, a de Savigny. Fundam-se para isso no processo por que Savigny determina a sede da relação jurídica, que é mediante o princípio da submissão voluntária.

Na organização do seu sistema, Savigny, partindo da ideia fundamental de que cada relação jurídica deve ser regulada pela lei mais em harmonia com a sua natureza, afirma que essa lei é a lei da sede da relação jurídica e acrescenta que a sede da relação jurídica se determina pelo princípio da submissão voluntária. Savigny escreve, com efeito: «O direito local aplicável a cada relação jurídica encontra-se sob a influência da vontade das pessoas interessadas, que se submetem voluntariamente ao império de um direito determinado, ainda que esta influência não seja ilimitada. Esta submissão voluntária a um direito local aparece-nos sob diferentes formas e em diferentes graus: algumas vezes toma-se como regra um direito local determinado, quando se podia escolher outro; é o que acontece designadamente em matéria de obrigações, onde o direito local livremente escolhido deve ser considerado como parte integrante do contrato. Em outros casos, a submissão voluntária resulta da própria aquisição do direito: assim, por exemplo, aquele que adquire um imóvel situado no domínio de um direito estrangeiro, tinha a liberdade de não o adquirir, mas, pelo facto da aquisição, aceita o direito local que rege o imóvel».

Ao ler estas passagens, podia parecer que o sistema de Savigny, à semelhança do sistema atribuído a Hauss, assentava todo na autonomia da vontade. Nada seria, porém, menos exacto.

É preciso ver a outra luz a doutrina de Savigny àcerca do princípio da submissão voluntária. Submissão voluntária não significa, quanto às leis imperativas, escolha da lei reguladora das relações jurídicas, mas pura e simplesmente aceitação da lei obrigatoriamente aplicável aos factos livremente praticados pelo indivíduo. Assim, o indivíduo é livre na escolha do domicílio, na compra de bens imóveis e na determinação do lugar da execução das obrigações; mas, uma vez fixado o domicílio,

feita a compra ou determinado o lugar do cumprimento da obrigação, resulta imperativamente a competência da lei do domicílio, da lei da situação do prédio comprado ou do lugar da execução. *A autonomia está, pois na prática do facto, e não na escolha da lei que o regula.* O sistema de Savigny não é portanto um sistema de autonomia da vontade, mas um sistema de competência determinada».

Esta passagem da obra do Sr. Prof. Dr. Machado Vilela adapta-se perfeitamente ao caso que estamos analisando.

Com efeito, se se disser que escolher a lei reguladora do consentimento vem a ser, em última análise, escolher o regime regulador, então diremos também que, do mesmo modo, o sistema de Savigny se resolve num sistema de autonomia da vontade. Basta, na verdade, que o indivíduo escolha o domicílio, compre bens imóveis ou determine o lugar da execução da obrigação num Estado em que vigore uma lei cujo regime jurídico lhe convenha. Trata-se de factos que ele pode livremente praticar e que uma vez praticados determinam a aplicação de uma determinada lei: a do domicílio, da situação do prédio comprado ou da execução da obrigação.

Se eu quiser, por exemplo, que um facto que vou praticar ou uma obrigação que vou cumprir sejam regulados por determinada lei, nada mais fácil: basta-me praticar o facto no país onde vigora a lei ou escolher esse país para lugar da execução da obrigação.

Em última análise, escolhi também a lei reguladora.

Com o consentimento passa-se o mesmo: não há quanto à escolha do regime jurídico uma autonomia da vontade, mas apenas quanto à escolha da lei; no sistema de Savigny não há autonomia quanto à escolha da lei, mas apenas quanto à prática do facto.

É, no fundo das coisas, o mesmo.

Submissão voluntária não significa, quanto às leis reguladoras do consentimento, escolha do regime jurídico da relação jurídica, mas pura e simplesmente aceitação do regime obrigatoriamente aplicável à lei livremente escolhida pelo indivíduo; no sistema de Savigny, submissão voluntária não significa, quanto às leis imperativas, escolha da lei reguladora das relações jurí-

dicas, mas pura e simplesmente aceitação da lei obrigatòriamente aplicável aos factos livremente praticados pelo indivíduo.

Há, pois, sempre necessidade de distinguir os dois aspectos : no que respeita ao consentimento — escolha, livremente feita pelo indivíduo, da lei que há-de regular a sua sujeição posterior ao regime estabelecido pela lei escolhida, sem qualquer intervenção já da vontade — ; no que respeita ao sistema de Savigny — escolha, livremente feita pelo indivíduo, do lugar da prática do facto, da compra do prédio ou de execução da obrigação, e posterior sujeição do indivíduo à respectiva lei, sem qualquer intervenção já da vontade.

Se em última análise houve autonomia da vontade na escolha do regime jurídico regulador do consentimento, também, em última análise, no sistema de Savigny, houve autonomia da vontade na escolha da lei aplicável ao facto livremente praticado, o que não é verdade.

E não se diga que há diferença entre os dois casos, uma vez que quanto ao consentimento há escolha da lei e quanto ao sistema de Savigny há, não escolha da lei, mas liberdade na prática do facto.

Não há diferença, porque a prática livre do facto determina, como consequência, a aplicação da respectiva lei ao facto livremente praticado. Portanto, praticar livremente um facto ao qual será aplicada obrigatòriamente certa lei que contém determinado regime jurídico, não diverge da escolha livre de uma lei que determina a aplicação obrigatória do regime jurídico que contém.

Não existe diferença ou, quando exista, é uma diferença meramente formal.

Concluindo :

Não há absurdo, como pretende o Sr. Prof. Dr. Machado Vilela, em a vontade escolher a lei reguladora.

A autonomia convencional verifica-se apenas quanto à lei, não quanto ao regime jurídico que há-de obrigatòriamente regular a formação da mesma vontade. Escolhida a lei, ela aplica-se sem que a vontade intervenha.

e) — Resta-nos, para terminar, referir algumas aplicações da solução apresentada e, ao mesmo tempo, focar a importância de tal matéria.

Como sabemos, há, em matéria de casamento, duas espécies de vícios na formação da vontade: vícios que resultam de a vontade se não ter formado livremente e vícios que resultam de a vontade se não ter formado esclarecidamente.

Em ambos os casos existe correspondência entre a vontade declarada e a vontade real. Simplesmente, essa vontade real ou não se formou esclarecidamente ou não se formou livremente.

Ao lado dos vícios na formação da vontade, existem ainda os casos em que há divergência entre a vontade real e a vontade declarada.

Ora a solução que apresentamos, pelo que respeita aos vícios na formação da vontade, abrange também os casos de divergência entre a vontade real e a vontade declarada.

Trata-se sempre, como escreve o Sr. Prof. Dr. Machado Vilela, de condições de eficiência da vontade, de condições de existência de uma vontade juridicamente eficaz para criar um acto jurídico.

Vamos, portanto, traçar, à face da nossa lei, o quadro esquemático dos vícios da vontade e das divergências entre a vontade real e a vontade declarada, acompanhando a orientação seguida pelo Sr. Prof. Dr. Paulo Cunha.

I — Vícios na formação da vontade

1) — Casos em que a vontade se não formou esclarecidamente.

Quanto aos casos em que a vontade se não formou esclarecidamente há-de que referir o problema do erro.

Dispõe, a este respeito, o art. 18.º da lei do Casamento que :

«É também anulável o casamento acerca do qual se prove que o respectivo consentimento foi prestado por erro ou coação».

E, mais adiante, o art. 20.º, ao indicar os requisitos gerais da relevância do erro, estabelece que :

«Para os efeitos do art. 18.º, o erro do consentimento só pode recair sobre a pessoa com quem se realiza o casa-

mento, e terá, cumulativa ou separadamente, os seguintes fundamentos :

- 1.º — A ignorância do seu estado;
- 2.º — A ignorância de crime inafiançável e não prescrito, cometido por ele antes do casamento;
- 3.º — A ignorância de efeito físico irremediável e anterior, como a impotência, e qualquer moléstia incurável e transmissível por contágio ou herança».

São quatro, portanto, os casos de erro em matéria de casamento, uma vez que no n.º 3 do art. 20.º estão aglutinadas duas realidades.

Para que haja anulação do casamento é indispensável que o erro corresponda aos tipos que ficaram expostos (n.ºs 1 a 3). Desde que tal aconteça, a anulação pode ter lugar.

Há que notar, a propósito, que o chamado «error virginitatis», o erro do marido acerca da virgindade da mulher, está incluído no n.º 3 do citado art. 20.º A opinião, porém, não é pacífica, visto haver quem entenda que tal espécie de erro está incluída, não no n.º 3, mas no n.º 1, havendo mesmo quem afirme que ele não está incluído em qualquer dos números e que, portanto, não é possível anular o casamento com fundamento no erro, por parte do marido, acerca da virgindade da mulher.

A opinião, porém, mas dominante, entre os nossos doutrinários, é a que dá relevância ao «error virginitatis», quer se entenda que ele está incluído no n.º 1 ou no n.º 3.

É esta também a nossa opinião.

Como escreve o Sr. Prof. Dr. Paulo Cunha, «na prática da vida, se há erro que deva constituir vício da vontade, capaz de anular o casamento, é precisamente este».

Sabido, portanto, os casos em que o erro pode dar lugar à anulação do casamento (n.ºs 1, 2 e 3 do art. 20.º), vejamos agora os

II — Casos em que a vontade se não formou livremente

1) — Coacção

Dispõe o art. 18.º, como vimos já, que :

«É também anulável o casamento àcerca do qual se prove que o respectivo consentimento foi prestado por erro ou coacção».

Do mesmo modo que para o erro, indicam-se na lei os requisitos da coacção para que ela seja juridicamente relevante, requisitos esses que constam do art. 21, quando estabelece que :

«Para os efeitos do art. 18.º, a coacção consiste na ameaça de um perigo grave e iminente para a vida ou para a honra do coacto ou de qualquer dos seus parentes por consanguinidade em linha recta ou até ao quarto grau da linha transversal».

Três pontos queremos assinalar pelo que respeita à coacção :

- 1.º — Trata-se de coacção psicológica e não física;
- 2.º — É indiferente a pessoa que move a coacção;
- 3.º — Em princípio, a ameaça de um facto lícito não é bastante para determinar coacção relevante.

Há ainda, tanto pelo que respeita à coacção como ao erro, uma característica que é conveniente referir: a de que quer uma quer outra devem ser essenciais, isto é, só quando a coacção ou o erro forem tais que, se não tivessem existido, a vontade do nubente se teria formado no sentido de não casar, pode haver anulação do casamento.

2) — *Estado de necessidade*

Desde que a origem pessoal ou impessoal da coacção não interessa para o seu regime jurídico, é perfeitamente legítimo equiparar uma coacção que parta de terceiro desinteressado ao estado de necessidade determinado por circunstâncias fortuitas.

3) — *Rapto não consentido*

Ao contrário do que sucede com o erro, a coacção e o estado de necessidade, no nosso direito o rapto não tem, por si, força anulatória.

4) — *Temor reverencial*

Como o rapto não consentido, o temor reverencial — casar uma pessoa contrariada, por temor para com os pais, tutores ou pessoas de quem dependa — não tem, por si só, força para determinar a anulação do casamento.

Vistos os vícios na formação da vontade, vejamos os casos de divergência entre a vontade real e a vontade declarada e qual o regime jurídico dessas divergências.

Antes de referirmos os diversos tipos de divergência entre a vontade real e a vontade declarada, entendemos dever começar por indicar o critério que melhor traduz a orientação legal quanto à resolução a dar a tais divergências: esse critério é o que assenta na «teoria da responsabilidade», segundo a qual deve atender-se, em regra, à vontade real, salvo nos casos em que haja responsabilidade do declarante, hipótese em que se deve atender, não à vontade real, mas à vontade declarada.

Em face deste critério, vejamos agora os diversos tipos de divergências e, bem assim, qual a solução que, em face da teoria da responsabilidade, cada um deles deverá ter.

I — *Divergências intencionais*

1) — *Divergências intencionais não enganosas.*

Dada a configuração do acto casamento, a hipótese de «divergências intencionais não enganosas» não oferece interesse prático.

Todavia, quando se verifique a hipótese, a solução é a que resulta da teoria da responsabilidade, isto é, deve atender-se apenas à vontade declarada e, portanto, manter-se o casamento (1).

2) — *Divergências intencionais enganosas.*

a) — Reserva mental por parte de um dos nubentes, havendo boa fé por parte do outro.

(1) Prof. Dr. Paulo Cunha.

Neste caso, por aplicação da teoria da responsabilidade, há irrelevância da reserva mental, e, portanto, o casamento não é ferido de invalidade.

b) — Reserva mental por parte de um dos nubentes, havendo má fé por parte do outro.

Como a má fé do destinatário da declaração neutraliza a responsabilidade inerente à reserva mental do outro nubente, deve atender-se, ainda por aplicação da teoria da responsabilidade, à vontade real.

c) — Simulação.

Do mesmo modo que pelo que respeita à hipótese de haver reserva mental por parte de um dos nubentes e má fé por parte do outro, a simulação é relevante em matéria de casamento: isto é, o casamento pode ser atacado por simulação em relação àqueles que não sejam interessados de boa fé — os próprios cônjuges — mas não em relação a terceiros de boa fé.

II — *Divergências não intencionais*

1) — *Coacção física.*

Quanto às divergências não intencionais, consideramos, em primeiro lugar, a coacção física.

Quando esta hipótese se verifique, o que é raro, dada a circunstância de no acto casamento intervir o funcionário do Registo Civil, a coacção é relevante, nos termos gerais, para determinar a destruição do casamento.

2) — *Erro na manifestação da vontade.*

Embora o modo de prestação do consentimento para o casamento exclua o caso de erro na manifestação da vontade, todavia, se a hipótese se verificasse, cumpriria atender à teoria geral e, assim, a não ser que houvesse culpa do declarante, a vontade real prevaleceria.

3) — *Desentendimento dos contraentes.*

Quere-se, com isto, significar a hipótese de os contraentes se julgarem de acordo, e na realidade as suas vontade não coincidirem uma com a outra.

Dada a fixidez do conteúdo do acto casamento, é praticamente impossível verificar-se esta hipótese. Todavia, se houvesse a possibilidade de ela se verificar, a solução a adoptar seria a que resultasse da aplicação da teoria da responsabilidade.

Ficam, deste modo, determinados, à face da nossa lei, os diversos tipos de vícios de consentimento e de divergências entre a vontade real e a vontade declarada e, bem assim, as soluções que, para cada um dos tipos considerados, resultam da nossa lei.

Está, desta maneira, definida, consequentemente, a esfera da aplicação da teoria que apresentamos quanto aos vícios do consentimento e quanto às divergências, uma vez que, já o dissemos, também a estas se aplica tal teoria.

Importa conhecer o campo de aplicação da nossa teoria e as soluções da nossa lei para cada caso, uma vez que, nos termos do art. 4.º do Código Comercial, a lei portuguesa pode ser aplicável, tanto no caso de não haver convenção em contrário, por se tratar de lei do lugar da celebração, como no caso de haver convenção das partes e de ser a lei portuguesa a escolhida.

Ocorre agora perguntar se a matéria dos vícios do consentimento terá uma importância tão grande que justifique a preocupação de encontrarmos uma solução legal rigorosa.

A este respeito diremos que os vícios do consentimento têm uma importância fundamental quanto ao casamento, uma vez que podem determinar a sua anulação. Ora tudo o que possa afectar o valor do acto casamento, reveste-se de uma excepional importância.

Com efeito, o casamento é, se não o mais importante, pelo menos um dos mais importantes actos de direito privado. Basta recordar o que Cícero dizia do casamento: «*Matrimonium est principium urbis ed quase seminarium rei publicae*» — o casamento é o princípio da cidade e como que o viveiro do Estado — ou a frase do Modestino: «*Nuptial sunt conjuntio maris et feminae et consorcium omnisvital, divini et humani juris communi-*

catio» — a união de marido e mulher, consórcio de toda a vida, comunhão de direito humano e divino (1).

A sociedade moderna, com efeito, funda-se na família, e o casamento é o meio legítimo da constituição da família.

Isto basta, abstraindo dos interesses individuais, para salientar a importância do casamento e, conseqüentemente, de tudo quanto possa destruí-lo.

Ora, os vícios do consentimento são um processo da sua destruição; por isso importa regulamentá-los com o maior cuidado.

Nestas condições, desde que, segundo a solução que apresentamos, os vícios do consentimento, em matéria de casamento, são regulados, sob o aspecto de Direito Internacional Privado e segundo a nossa lei, pela lei do lugar da celebração, que pode bem ser a lei portuguesa, ou pela lei escolhida pelas partes, que também pode ser a lei portuguesa, importa conhecer a orientação da nossa lei sobre tal questão e a solução que ela estabelece para as várias hipóteses. Daí a referência que fizemos.

É claro que se a lei escolhida for outra, que não a portuguesa, os tipos de vícios do consentimento e o grau em que eles afectam a validade do casamento hão-de ser determinados em face dessa lei escolhida.

Vejamos agora como aplicar a teoria que esboçamos a algumas hipóteses mais flagrantes.

A guerra, como sabemos, trouxe consigo uma série de complicações de toda a espécie. Uma dessas complicações refere-se ao casamento.

Com efeito, tornaram-se frequentes, no agitado do mundo actual, casamentos contraídos unicamente para através deles um dos nubentes conseguir certa nacionalidade, evitando perseguições que contra os estrangeiros em certos países são movidas (2).

Conhecido é também o caso de estrangeiros do sexo masculino que têm casado com pessoas de nacionalidades diferentes, para assim evitar a mobilização militar de que o seu Estado isenta os subditos que casaram no estrangeiro.

(1) Prof. Dr. Paulo Cunha.

(2) Prof. Dr. Paulo Cunha.

Conhecemos casos destes. No período da guerra civil de Espanha, por exemplo, houve espanhóis que casaram em Portugal com portuguesas para evitar o alistamento nas forças militares.

Em qualquer destes casos entende o Professor Demogue que, segundo o direito francês, existe um estado de necessidade relevante.

Assim o entendemos também à face do direito português, por via indirecta da interpretação extensiva do art. 21 da Lei do Casamento e pela aplicação a este acto da teoria geral do estado de necessidade.

Ora bem. Se formos agora aplicar a qualquer destes casos a solução que propuzemos, como à face da nossa lei o estado de necessidade determina a anulação do casamento, temos que, se tal acto se celebrar em Portugal e as partes nenhuma lei tenham escolhido, o casamento é susceptível de anulação; se as partes tiverem escolhido uma lei estrangeira, e se em face dessa lei, o casamento se tiver efectuado no estrangeiro e, de harmonia com os princípios gerais do direito internacional privado, as partes tiverem escolhido a lei portuguesa, o casamento é susceptível de anulação, pelas razões já apresentadas.

Verifica-se, assim, a oportunidade com que se põe o problema e a necessidade que há em estabelecer-lhe uma solução legal, pelo menos à face do sistema jurídico português.

Vejamos ainda outro exemplo.

Um estrangeiro casa em Portugal com uma portuguesa, nada dispondo as partes acerca da lei reguladora do consentimento. Após o casamento, o marido verifica que sua mulher havia tido já relações sexuais com outro indivíduo, não se encontrando, portanto, virgem, e verificando-se, assim, o chamado «error virginitatis».

Será possível anular este casamento?

Como não houve qualquer convenção das partes, a lei aplicável é a lei portuguesa, por ser a do lugar da celebração do casamento. Ora, como à face da nossa lei o casamento é susceptível de anulação, o marido pode intentar tal acção com fundamento no «error virginitatis».

E estamos agora a ver a importância da questão.

Se se fosse aplicar a lei nacional dos cônjuges, bem podia acontecer que o casamento tivesse de ser considerado válido, por as respectivas leis não permitirem a anulação fundada em tal motivo.

Deste modo, ia-se manter como válido um acto celebrado em Portugal e cuja manutenção seria contrária aos nossos princípios morais e sociais, às nossas leis de interesse e ordem pública. É claro que se poderá dizer que as partes podem ter escolhido uma lei estrangeira segundo a qual o «error virginitatis» não constitua fundamento de anulação e, do mesmo modo que se a lei nacional fosse obrigatoriamente aplicável, o casamento seria susceptível de anulação em Portugal, por a lei escolhida pelas partes contrariar as leis portuguesas de interesse e ordem pública.

Não haveria, portanto, inconveniente em aplicar a lei nacional, pois com o sistema que propomos podem encontrar-se dificuldades idênticas. Concordamos que assim seja, mas há que atender principalmente às realidades práticas a que o Direito deve procurar dar satisfação.

Ora, o que se verifica na prática é que, na quase totalidade dos casos, as partes dispensam-se de escolher a lei reguladora do consentimento.

Deste modo, aplicando-se a lei do lugar da celebração, a lei portuguesa, o casamento é susceptível de anulação e ter-se-á evitado o conflito; aplicando-se a lei nacional dos cônjuges, a solução será a mesma se tal lei contrariar a ordem pública portuguesa, mas o conflito não se terá evitado, mesmo à face da lei portuguesa.

Ora, embora o resultado final seja o mesmo, entre o procurar resolver um conflito e evitá-lo, o direito deve optar por este caminho: é o mais fácil e é, sobretudo, o mais seguro.

Vejamos ainda outro exemplo: uma estrangeira casa em Portugal com um português, verificando o cônjuge estrangeiro, depois da celebração, que o cônjuge português está afectado de moléstia incurável e transmissível por herança. Se as partes nada tiverem convencionado àcerca da lei reguladora do seu consentimento, como o casamento se celebrou em Portugal, a lei aplicável é a lei portuguesa, que permite no n.º 3 do art. 18.º a anula-

ção do casamento com fundamento no erro que consista na ignorância de qualquer moléstia incurável e transmissível por herança.

Nestas circunstâncias, o cônjuge que estava em erro pode requerer a anulação.

Suponhamos, porém, que a lei escolhida pelas partes para regular o consentimento foi a lei nacional do cônjuge estrangeiro. Se esta permitir a anulação do casamento com base em tal motivo, ele poderá ser anulado, quer se entenda que a disposição do n.º 3 do art. 18.º da lei do casamento é de interesse e ordem pública, quer não.

Com efeito, se ela o fôr, o casamento poderá ser anulado por a lei nacional o permitir, muito embora o n.º 3 do art. 18.º, como lei de interesse e ordem pública, se oponha à aplicação da lei normalmente competente. Nesta hipótese, há concordância entre as duas leis e, portanto, desde que ambas permitem a anulação, quer se aplique uma quer se aplique outra, há a possibilidade de exercer a acção de anulação. Se, porém, a disposição do n.º 3 do art. 18.º não for considerada de interesse e ordem pública — e bem se compreende que, apesar de as doenças existirem, possa o matrimónio subsistir, bastando que a isso se sujeite o outro cônjuge, numa elevada compreensão dos deveres e contingências conjugais (1) —, o casamento poderá ser anulado, uma vez que tal o permite a lei escolhida e à sua aplicação, como lei normalmente competente, se não opõe a lei do lugar da celebração.

Se, pelo contrário, a lei escolhida não permitir a anulação do casamento, ele não será anulável, desde que se considere a disposição da lei portuguesa como não sendo de interesse e ordem pública; se, como tal a considerarmos, a acção de anulação poderá ser tentada com êxito em Portugal, uma vez que ela, como disposição de interesse e ordem pública, se opõe à aplicação da lei normalmente competente, que não permite a anulação.

Quer dizer: em qualquer dos casos, há que atender sempre

(1) Prof. Dr. Paulo Cunha.

à lei do lugar da celebração e à lei escolhida, embora uma possa prevalecer sobre a outra.

A orientação seguida tem, de facto, esta vantagem: a de não permitir que a um acto celebrado em território português, de harmonia com as leis portuguesas, se possa impôr uma validade que contrarie os princípios jurídicos, morais e sociais, que informam a nossa legislação, ou se permita uma destruição que afecte tais princípios.

Nem a lei do lugar da celebração será estranha ao acto quando não haja convenção das partes, nem o será quando a haja; por outro lado, não se abstrai totalmente do princípio da autonomia da vontade, sempre merecedor de atenção quando se trate de questões de direito privado.

Nada disto sucederia, se a lei nacional fosse obrigatòriamente aplicável.

Acresce ainda que, rigorosamente, a técnica jurídica, como vimos, impõe tal solução.

O Direito permite-a, e, mais do que isso, permite-a a lei portuguesa.

Emídio de Velasco Martins