

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A CONVENÇÃO DA HAIA DE 17 DE JULHO DE 1905

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B — A solução intermediária do Código Bustamante

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C — A modalidade da lei do domicílio

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 4.º

Outras soluções

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

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

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

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

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

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

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

(25) Audinet, *ob. cit.*, pág. 265.

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

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

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

§ 5.º

Razões de preferência do sistema personalista ; solução defendida

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Não nos parece.

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

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

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

A explicação não é difícil.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SOLUÇÃO DEFENDIDA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Vejamos porquê:

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

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

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

Vejamos a terceira conclusão.

Se meditarmos um pouco nas vantagens que com a aplicação da

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

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

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

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

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

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

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

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

A 5.^a conclusão também nos parece acertada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Não o cremos. Vejamos porquê :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Também esta acusação não tem razão de ser.

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

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

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

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

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

CAPÍTULO II

LEI APLICÁVEL QUANDO HAJA SIDO CELEBRADA CONVENÇÃO ANTENUPCIAL

§ 1.º — *Colocação do problema.*

§ 2.º — *Principais soluções apresentadas pela doutrina.*

§ 3.º — *Análise das soluções doutrinárias.*

§ 4.º — *A solução do Código Civil Português.*

§ 5.º — *Solução adoptada.*

§ 1.º

Colocação do problema

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

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

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

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

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

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

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

Também nesta hipótese as dificuldades não são de monta.

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

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

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

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

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

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

§ 2.º

Principais soluções apresentadas pela doutrina

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 3.º

Análise das soluções doutrinárias

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

Não é, contudo, inteiramente assim.

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

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

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

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

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

Não a aceitamos, no entanto.

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 4.º

A solução do Código Civil Português

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 5.º

Solução adoptada

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Não é, porém, inteiramente, assim.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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