

# ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A AUTONOMIA DA VONTADE CONFLITUAL EM MATÉRIA DE EFEITOS PATRIMONIAIS DO CASAMENTO

HELENA MOTA (\*)

**SUMÁRIO:** 1. Enunciado do problema e indicação de sequência. 2. A lei aplicável à convenção antenupcial e aos regimes de bens. Perspectiva comparada. 2.1. A escolha do elemento de conexão. 2.1.1. Sistemas personalistas. 2.1.2. Sistemas territorialistas. 2.1.3. Sistemas autonomistas. i) Autonomia completa da vontade na escolha da lei aplicável ao regime de bens. ii) Autonomia limitada da vontade na escolha da lei aplicável ao regime de bens. 2.2. A mobilidade do elemento de conexão. 2.2.1. Sistemas móveis. 2.2.2. Sistemas imobilizados. 2.2.3. Sistemas autonomistas. 2.3. A Convenção da Haia de 1978 sobre a Lei Aplicável aos Regimes Matrimoniais. 3. Os arts. 53.º e 54.º do Código Civil português. Análise e crítica. 3.1. Conclusões.

## 1. ENUNCIADO DO PROBLEMA E INDICAÇÃO DE SEQUÊNCIA

A disciplina dos regimes de bens do casamento sempre assumiu, no contexto mais vasto dos efeitos do casamento, particular importância.

O carácter marcadamente institucional da matéria matrimonial, indelével no direito material interno, em que prevalecem as normas imperativas, e visível no plano do direito internacional privado através das conexões das regras conflituais — lei da nacionalidade, lei do domicílio —, perde força quando falamos de bens dos cônjuges e em geral do estatuto patrimonial do seu casamento <sup>(1)</sup>.

---

(\*) Assistente da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

(1) O estudo que aqui se apresenta versa os efeitos patrimoniais do casamento *que dependem do regime de bens, legal ou convencional, do casamento*. Por isso, as regras de

A autonomia privada reclama um papel e encontra menos resistências à sua intervenção no domínio patrimonial do casamento. No entanto, mesmo o direito material coloca obstáculos ao exercício pleno da autonomia negocial dos cônjuges <sup>(2)</sup>: assim se explica a maioria das regras, comuns a muitos sistemas jurídicos, que limitam os cônjuges, não lhes permitindo alterar o regime de bens — princípio da imutabilidade —, que proíbem os contratos

---

conflitos portuguesas a analisar serão os art. 53.º (convenções antenupciais e regimes de bens) e 54.º (modificações do regime de bens) do Código Civil. O art. 52.º que trata do problema geral da lei aplicável às relações entre os cônjuges será referido mediatamente pois para ele remete o art. 54.º a resolução do problema da imutabilidade do regime de bens. Assim, todas as regras de direito matrimonial *patrimonial* que não sejam privativas de determinado regime de bens, o “regime matrimonial primário” — regras sobre administração de bens, requisitos de legitimidade específica, regime de responsabilidade por dívidas, normas sobre imprescritibilidade de dívidas — são do âmbito de aplicação do art. 52.º e não das regras de conflitos aqui tratadas: cfr. J. BAPTISTA MACHADO (*Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1989, p. 405 e nota 1).

Não obstante isto, na prática, a aplicação dos arts. 53.º e 54.º é essencial. A título de exemplo, pensemos nas regras sobre administração de bens do art. 1678.º e segs. do Código Civil. Elas não são privativas de determinado regime de bens e a sua aplicação deverá decorrer da regra de conflitos do art. 52.º, pois que a ele se subsumem (art. 15.º); no entanto, são regras que dependem sempre da qualificação do bem como próprio ou comum: a administração exclusiva dos salários pode resultar da aplicação do art. 1678.º, n.º 1 se o regime for de separação, ou da excepção prevista no art. 1678.º, n.º 2, al. a), se o regime for de comunhão; quanto à própria regra da administração conjunta de bens comuns e exclusiva de bens próprios, se teoricamente não depende do regime de bens, na prática é esse regime que define a sua aplicação: dita a comunicabilidade ou não dos bens. Daí que o primeiro passo em termos conflituais seja a definição do regime de bens do casamento, do estatuto patrimonial dos cônjuges. Se este *dépeçage* é ou não louvável, se as duas questões jurídicas não deveriam ser objecto da mesma lei, por hipótese a lei escolhida pelas partes, é problema sobre o qual não nos debruçaremos neste trabalho.

Simultaneamente há regras que dependem, de facto, do regime de bens: veja-se o disposto no art. 1682.º-A (com a excepção do art. 1682.º-A, n.º 2, do Código Civil que é uma norma de aplicação imediata e, por isso, não depende de nenhuma regra de conflitos: cfr., por todos, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado — Esboço de uma teoria geral*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1991, pp. 886 ss.) que só se aplica nos regimes de comunhão, o art. 1691.º, n.º 2, no regime de comunhão geral de bens, o art. 1691.º, n.º 1, al. d), nos regimes de comunhão, etc., etc. A sua qualificação submete-as à previsão dos arts. 53.º e 54.º e por isso, só serão aplicadas à relação privada internacional se a lei portuguesa for designada por aquelas regras de conflitos. Assim, J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, p. 406, referindo-se concretamente aos arts. 1693.º, 1695.º e 1697.º do Código Civil.

(2) Cfr. RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 222 e ss.

de compra e venda entre cônjuges ou as participações conjuntas em sociedades comerciais ou que sujeitam as liberalidades recíprocas a regras especiais.

Quando nos transportamos para o plano das relações matrimoniais internacionais e para o problema específico da lei que lhes é aplicável encontramos as mesmas dificuldades.

Onde seria mais natural a liberdade de escolha de lei — o regime de bens —, os cônjuges ficam, na melhor das hipóteses, limitados a um elenco predeterminado de leis; no limite, a regra de conflitos é imperativa.

O problema da autonomia das partes em matéria de efeitos patrimoniais do casamento segue, assim, um percurso paralelo — conflitual e material — e tem tido, nestes dois planos distintos, uma evolução semelhante e no sentido positivo do seu reconhecimento <sup>(3)</sup>.

No caso português, a intercepção da perspectiva conflitual e material assume particular importância pois o direito de conflitos apresenta uma regra — o art. 53.º do Código Civil — aplicável aos regimes de bens e à convenção antenupcial e logo o art. 54.º trata especificamente do problema da imutabilidade material desse regime. E estes preceitos apresentam soluções diferentes que vão, uma mais e a outra menos, no sentido da defesa da autonomia privada. Por isso será importante dar nota da evolução do direito material nesta matéria.

Vamos iniciar o nosso trabalho formulando hipóteses académicas, a resolver à luz do DIP português, que demonstram a importância e a dificuldade do problema. Numa segunda parte, analisaremos os sistemas conflituais “tipo”, dando particular relevo às soluções consagradas na Convenção da Haia de 1978 sobre a Lei Aplicável aos Regimes Matrimoniais e que Portugal chegou a assinar mas ainda não ratificou. Na terceira parte faremos a análise crítica dos arts. 53.º e 54.º do Código Civil de 1966 e tiraremos as conclusões devidas.

### *Hipótese 1*

A e B, portugueses, residem em Paris e têm imóveis em Munique e Estugarda. Pretendem casar e celebram uma convenção antenupcial através da qual escolhem o regime de bens legal do direito alemão, sendo a lei alemã aplicável aos efeitos patrimoniais do seu casamento.

---

<sup>(3)</sup> No mesmo sentido, ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Granada, 2000, p. 74.

### *Hipótese 2*

A, italiano, e B, suíça, casam em Lausana onde residem. Antes do casamento, celebram uma convenção antenupcial em que convencionam o regime de comunhão universal de bens do direito suíço. Nessa altura, vêm residir para Portugal mas, anos mais tarde, voltam à Suíça apenas para celebrar uma segunda convenção pela qual modificam o regime de bens e optam pela separação total de bens.

### *Hipótese 3*

A e B, portugueses, celebram na Suíça, onde residem e casam, uma convenção antenupcial estabelecendo o regime de comunhão de adquiridos. Anos mais tarde, celebram uma segunda convenção na Suíça, onde continuam a residir, modificando o seu regime de bens e escolhendo o regime de separação dos arts. 247.º e ss. do Código Civil suíço.

Em todas as hipóteses apresentadas, a validade das convenções antenupciais é suscitada perante Tribunais portugueses que, ao aplicarem, dada a internacionalidade absoluta das questões <sup>(4)</sup>, o DIP português, chegam a conclusões diversas.

No primeiro caso, por aplicação do art. 53.º do Código Civil, a convenção seria inválida porque é aplicável não a lei escolhida pelas partes, a alemã, mas a lei da sua nacionalidade comum ao tempo da celebração do casamento, a lei portuguesa.

Na segunda hipótese, a lei aplicável ao regime de bens é a lei suíça (que admite esta escolha de lei e por isso se considera competente) já que ao tempo da celebração do casamento, A e B que têm diferentes nacionalidades, residem habitualmente nesse país. Mas havendo uma segunda convenção que altera o regime de bens escolhido antes do casamento há que saber, segundo o DIP português, que lei aplicar à modificação do regime de bens. E essa lei é, nos termos do art. 54.º que remete para o art. 52.º, a lei da residência habitual comum dos cônjuges ao tempo, agora, da celebração da segunda convenção: a lei portuguesa. Ora, o art. 1714.º

---

(4) A classificação das relações privadas no plano internacional é devida a D. J. JITTA que as divide em relações puramente internas, relativamente internacionais e absolutamente internacionais. Sobre esta classificação, cfr. A. MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata...*, Vol. I, p. 8, nota 19, e p. 43, nota 151.

não permite a alteração ou revogação do regime de bens do casamento, sendo inválida a segunda convenção.

No entanto, se a hipótese fosse subsumível ao art. 53.º do Código Civil, a segunda convenção seria válida, pois a lei da residência habitual das partes, ao tempo da celebração do casamento, a lei suíça (art. 187.º, n.º 1, do Código Civil suíço), determina que os cônjuges podem a todo o tempo convencionar um novo regime de bens, solução que é conforme à vontade dos cônjuges e respeita a expectativas criadas na altura da celebração do casamento.

Na terceira situação descrita, a convenção é novamente inválida também por aplicação da lei portuguesa e por força dos arts. 54.º, 52.º e 1714.º do Código Civil. Claro que, neste caso, as partes poderiam socorrer-se do art. 31.º, n.º 2, do Código Civil, já que o negócio, do âmbito do estatuto pessoal, foi celebrado no país da residência habitual, de acordo com essa lei, que se considera competente (arts. 52.º e 53.º da LDIP suíça de 18-12-1987). Resta saber se não haveria limitações à aplicação da lei estrangeira por apelo à reserva de ordem pública, nos termos do art. 22.º do Código Civil. E se A e B tivessem a mesma nacionalidade, portuguesa, não poderiam eles adquirir a nacionalidade suíça (ou outra) para assim poderem alterar validamente o seu regime de bens? Estará subjacente à conexão móvel do art. 54.º uma ideia de autonomia conflitual ou devemos “suspeitar” de fraude à lei e negar a aplicação da lei da nova nacionalidade ou da nova residência habitual?

Estes são alguns exemplos das dificuldades e incongruências das regras de conflitos portuguesas em matéria de regime de bens.

## **2. A LEI APLICÁVEL À CONVENÇÃO ANTENUPCIAL E AOS REGIMES DE BENS. PERSPECTIVA COMPARADA**

Nas palavras do antigo Secretário-Geral da Conferência da Haia, Georges Droz <sup>(5)</sup>, os regimes matrimoniais foram sempre uma das “vedetas” do DIP, igualando em importância a matéria das sucessões por morte, dada a frequência com que o problema é suscitado. Se o casamento não é, para muitos, uma inevitabilidade, o equilíbrio fica resta-

---

(5) GEORGES A. L. DROZ, *Régimes matrimoniaux en droit international privé*, Recueil des Cours, 1974, III, p. 11 a 135.

belecido “*puisque si l'on ne meurt qu'une fois, ont peut se marier plusieurs fois*” (6).

Tal como em outras matérias, as facilidades actuais de deslocação e mobilidade das pessoas e dos bens carrou elementos de estraneidade em matéria de relações patrimoniais entre os cônjuges. Acresce à dificuldade do problema em termos conflituais, a enorme diversidade das soluções materiais apresentadas pelas leis potencialmente aplicáveis (7). E se pensarmos que o casamento é tendencialmente perpétuo e que os problemas suscitados a propósito, por exemplo, da partilha dos bens só se colocam seriamente no momento da dissolução do casamento, trinta ou quarenta anos depois da sua celebração, verificamos que os riscos de alteração do elemento de conexão — nacionalidade, residência, situação dos bens — e da própria lei material, aumentam exponencialmente (8).

A aplicação da lei estrangeira, neste domínio, agudiza o problema do relacionamento com terceiros. É sabido o interesse dos terceiros no conhecimento do regime de bens do casamento: ilegitimidade dos cônjuges para a prática de determinados actos, comunicabilidade de dívidas, garantias patrimoniais creditícias. Se a lei aplicável ao regime de bens for estrangeira, as dificuldades para os terceiros aumentam.

## 2.1 A escolha do elemento de conexão

### 2.1.1. Sistemas personalistas

Os sistemas personalistas advogam a aplicação ao regime de bens do casal da lei pessoal dos cônjuges.

Prevalece, sobre a autonomia dos cônjuges, o lado institucional (9) do casamento: as relações patrimoniais, obrigacionais ou reais, moldam-se

(6) GEORGES A. L. DROZ, *Régimes...*, p. 11.

(7) Mesmo os regimes supletivos ou legais divergem de país para país: comunhão geral de bens (África do Sul, Países Baixos); separação total de bens (países da *common law*, Grécia, Áustria, a maioria dos países islâmicos, América Latina); comunhão de adquiridos (Espanha, Portugal, França, Bélgica); participação nos adquiridos (Alemanha, Suíça, Finlândia, Quebeque, Macau); comunhão diferida (Suécia, Noruega). Cfr. F. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 479 e ss.

(8) G. DROZ, *Régimes...*, p. 58.

(9) Assim, J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, p. 408.

e transformam-se quando os seus titulares são casados. Por isso, a lei que lhes é aplicável é a mesma que se aplica às restantes relações jurídicas estabelecidas entre casados — os efeitos pessoais.

O sistema português é claramente um sistema personalista e hoje, provavelmente, dos poucos que não admitem, ao lado da lei pessoal (determinada pela conexão domicílio ou nacionalidade) a lei escolhida pelas partes. O traço distintivo dos sistemas personalistas é o carácter imperativo da conexão.

Também o sistema brasileiro permanece firme na defesa do carácter institucional da regra de conflitos relativa ao regime de bens: é aplicável a lei do domicílio comum (art. 7.º, § 4.º, da lei de Introdução ao Código Civil de 4-9-1942) e, na falta desta, a lei do primeiro domicílio conjugal. O § 5.º contém uma disposição semelhante ao art. 53.º, n.º 3, do Código Civil: o estrangeiro casado que se naturaliza brasileiro pode, com o consentimento expresso do cônjuge, adoptar o regime de comunhão parcial de bens do direito brasileiro.

### 2.1.2. Sistemas territorialistas

Uma das características dos sistemas territorialistas é a aplicação simultânea de várias leis e vários regimes matrimoniais ao mesmo casamento, consoante a localização do património dos cônjuges. Temos um *dépeçage* do regime matrimonial não em função de questões jurídicas mas em função dos valores ou coisas que integram o acervo patrimonial do casal<sup>(10)</sup>.

Os países de *common law* adoptam maioritariamente um sistema territorialista, na ausência de convenção antenupcial.

O direito inglês, por exemplo, distingue entre a lei aplicável à propriedade matrimonial sobre móveis e imóveis. Assim, os direitos de pro-

---

(10) Os ditos sistemas unitários, como o português, que aplicam uma só lei ao regime matrimonial também podem ser fraccionados por obra do reenvio. Dá nota disso mesmo a representação portuguesa na 13.ª sessão da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado no âmbito da Convenção sobre a Lei Aplicável aos Regimes Matrimoniais, constituída por J. Pinheiro Farinha e Isabel Magalhães Collaço (cfr. *Actes et Documents de La Treizième Session*, II, 1978), ao referir que se os nubentes tiverem nacionalidade do Reino Unido e estabelecerem a sua residência habitual em Inglaterra, a regra de conflitos do art. 53.º (e 20.º) remete para a lei inglesa que se julga competente relativamente aos móveis. Mas se o casal possuir um imóvel no Texas, já a lei inglesa se não considera competente e remete para a lei texana. Se aceitarmos o reenvio (art. 17.º, n.º 1) feito pela lei inglesa, aplicamos duas leis diferentes aos efeitos patrimoniais do mesmo casamento.

priedade dos cônjuges sobre os móveis presumem-se regidos pela lei do domicílio do marido, ao tempo da celebração do casamento <sup>(11)</sup>.

A presunção será ilidida <sup>(12)</sup> se os cônjuges, logo após o casamento, adoptarem novo domicílio e aí permanecerem: neste caso, a primeira conexão cede em favor do primeiro domicílio conjugal após o casamento. Não é necessário que os cônjuges acordem expressamente nesse sentido: a escolha tácita será considerada quando esse domicílio for efectivamente adoptado e conservado pelos cônjuges <sup>(13)</sup>.

Existindo convenção nupcial, a lei aplicável à propriedade matrimonial é a escolhida pelas partes e pode aplicar-se a todo o património dos cônjuges, presente e futuro, móvel ou imóvel, e permanece imutável, apesar da mudança de domicílio.

A escolha pode ser expressa ou tácita <sup>(14)</sup>, como na generalidade dos contratos <sup>(15)</sup>. A convenção nupcial está fora do âmbito de aplicação da Convenção de Roma de 19-6-1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, logo aplicam-se as regras de *common law*. Na ausência de escolha de lei para regular a própria convenção, aplicar-se-á a lei mais próxima da situação que, presume-se, nesta espécie de contratos, será a do domicílio matrimonial.

Na Alemanha é adoptada uma solução mitigada à semelhança com a encontrada na Convenção da Haia de 1978 sobre a Lei Aplicável aos Regi-

<sup>(11)</sup> Cfr. CHESHIRE AND NORTH's, *Private International Law*, 13.<sup>a</sup> ed., Londres, Butterworths, 1999, p. 1016.

<sup>(12)</sup> No mesmo sentido, MORRIS, *Conflict of laws*, 4.<sup>a</sup> ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1993, p. 367.

<sup>(13)</sup> Com a afirmação do princípio da igualdade entre os cônjuges, nomeadamente na escolha do domicílio, os tribunais estão mais receptivos à aplicação de outra lei que não a do domicílio do marido. Por isso, são também menos exigentes no afastamento da presunção, não exigindo que haja, da parte dos cônjuges, consciência de mudança de lei (cfr. CHESHIRE AND NORTH's, *Private...*, p. 1018).

<sup>(14)</sup> Como no caso *De Nicols v. Curlier* (cfr. MORRIS, *Conflict of laws...*, p. 367) H e W, cidadãos franceses, domiciliados em França, onde casaram sem ter celebrado convenção antenupcial, emigraram para Inglaterra e aí se instalaram e estabeleceram com um pequeno restaurante — Café Royal — em Regent Street, negócio que rapidamente prosperou.

H morreu, tendo feito testamento, e W, insatisfeita com as suas disposições, vem reclamar 1/2 dos bens adquiridos, alegando estar casada no regime de comunhão de bens francês, lei do domicílio, tacitamente escolhida para reger o regime matrimonial.

<sup>(15)</sup> Cfr. C. V. M. CLARKSON e J. HILL, *Jaffey on the conflict of laws*, Londres, Butterworths, 1997, pp. 456-467.

mes Matrimoniais, admitindo que por escolha das partes, seja aplicada, aos imóveis, a lei da sua situação (art. 15 EGBGB).

### 2.1.3. Sistemas autonomistas

No plano do direito internacional privado, o problema da escolha autónoma do regime de bens do casamento coloca-se da seguinte forma: poderão os esposos, por contrato, escolher expressamente o sistema jurídico ao qual pretendem submeter as suas relações patrimoniais? É o mesmo que dizer: o que vale para as obrigações contratuais, vale também para o contrato de casamento?

É a Dumoulin que se deve a defesa do princípio da autonomia privada conflitual em matéria de regimes matrimoniais de bens, a propósito do famoso “*affaire de Ganey*”. Os esposos de Ganey pretendiam aplicar uma só lei a todo o seu acervo patrimonial constituído por imóveis sítos em Paris e em Lyon. Dumoulin pugnou pela existência de uma escolha tácita da lei aplicável aos efeitos patrimoniais daquele casamento — o costume de Paris — que coincidia com a lei do seu domicílio (16).

A tese assim formulada da autonomia da vontade seria retomada num dos primeiros processos norte-americanos sobre conflito de leis: *Saul v. His Creditors*, julgado na Luisiana em 1827 (17).

#### i) *Autonomia completa da vontade na escolha da lei aplicável ao regime de bens*

A França, e na sua esteira, a Bélgica, foi pioneira, pela construção de Dumoulin, na consagração da autonomia da vontade em matéria de regimes matrimoniais. A escolha das partes não conhecia limites e as decisões jurisprudenciais gaulesas iam no sentido de admitir, na ausência de acordo conflitual expreso, uma vontade implícita que normalmente coincidia com a aplicação da lei do primeiro domicílio conjugal (18).

---

(16) Cfr. A. MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado, Introdução*, I vol., Lisboa, AAFDL, 2001, pp. 85-91 e autores aí citados.

(17) G. DROZ, *Régimes...*, p. 11 e ss.

(18) Cfr. H. BATIFFOL-P. LAGARDE, *Droit international privé*, II, 7.<sup>a</sup> ed., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, pp. 354-386, e YVON LOUSSOUARN-PIERRE BOUREL, *Droit international privé*, 5.<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, 1996, pp. 436-451.

Hoje, a França é parte na Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos Regimes Matrimoniais (1978) e adoptou por isso o seu sistema de autonomia limitada.

A Áustria ainda admite a plena autonomia das partes em matéria de regimes de bens no casamento: o § 19 da Lei Austríaca de DIP de 15-6-1978 remete para a lei escolhida expressamente pelas partes e na falta desta para a lei aplicável aos efeitos pessoais do casamento (19).

ii) *Autonomia limitada da vontade na escolha da lei aplicável ao regime de bens*

Alguns Estados admitem que os nubentes escolham o sistema jurídico ao qual vão submeter as suas relações patrimoniais mas limitam-nos, elegendo, na regra de conflitos, um elenco mais ou menos lato de “conexões” possíveis.

Exemplo disso é a solução encontrada pelo direito espanhol, que admite, em certos termos, a autonomia conflitual em matéria de regimes matrimoniais. A questão está regulada nos arts. 9, 2, e 9, 3, do Código Civil espanhol, o primeiro enunciando a lei aplicável aos efeitos do casamento e o segundo às convenções nupciais.

O conceito quadro do art. 9, 3, do Código Civil espanhol abrange as convenções antenupciais previstas no art. 1325.º do mesmo diploma e todos os acordos ou contratos pelos quais se estipule, modifique ou substitua o regime de bens. Isto significa que outros contratos entre cônjuges que não visem regular os aspectos patrimoniais do casamento — uma doação entre casados, por exemplo — não são subsumíveis a esta regra de conflitos (20).

O art. 9, 3, utiliza uma conexão alternativa que obedece ao princípio do *favor negotii* (21). Os contratos serão válidos se estiverem de acordo com as prescrições quer da lei aplicável aos efeitos do casamento (art. 9, 2), quer da lei da nacionalidade ou da residência habitual

---

(19) Cfr. o respectivo texto, em versão portuguesa, em A. MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado – Colectânea de textos legislativos de fonte interna e internacional*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 1385.

(20) Cfr. ALFONSO LUIS CARAVACA, *Derecho...*, p. 75.

(21) Cfr. A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, I, Coimbra, Almedina, 2000, p. 184, e A. MARQUES DOS SANTOS, *Sumários de DIP*, Lisboa, AAFDL, 1995, p. 48.

de qualquer dos nubentes ao tempo da respectiva outorga. Assim, no máximo, cinco leis poderão “validar” este negócio (22).

A doutrina espanhola (23) tem defendido que o princípio da autonomia “resulta” do art. 9, 3, ainda que a escolha da lei não esteja expressamente prevista. O argumento utilizado é recorrentemente o da comparação e aproximação ao direito material. Por um lado, as partes, ao celebrarem convenções antenupciais, escolhem um regime de bens previsto em qualquer das leis referidas no art. 9, 3. Assim, a regra de conflitos concede às partes a mesma autonomia que materialmente é oferecida pelos respectivos ordenamentos. Por outro lado, subjaz à *ratio* do art. 9, 3, o princípio da validade de um pacto de escolha de lei — um espanhol e uma portuguesa podem, em documento anterior ao casamento, eleger a lei portuguesa como lei reguladora do regime matrimonial — por identidade de razão com a autorregulamentação que o direito material interno reconhece às partes das suas relações patrimoniais. Se o direito espanhol concede autonomia material, porque não há-de garantir autonomia conflitual? Finalmente esgrime um argumento comparatístico: os ordenamentos jurídicos mais próximos dispõem de regras de conflitos que permitem aos cônjuges eleger directamente a lei aplicável aos regimes de bens do seu casamento (Itália, Alemanha, Suíça, Turquia).

Para determinar, nas situações internacionais, a lei aplicável ao regime de bens quando os nubentes não celebraram convenção antenupcial, ter-se-á que recorrer ao art. 9, 2, e à lei aplicável aos efeitos do casamento. Também aí é reconhecida autonomia às partes mas agora a título subsidiário e mais limitado.

O art. 9, 2, diz então que será aplicável a lei pessoal comum dos cônjuges ao tempo da celebração do casamento e só na falta desta será atendida a escolha efectuada pelos nubentes, reduzida a documento autentico e em momento anterior à celebração do casamento. Essa escolha deverá ficar-se pela lei nacional e pela da residência habitual de qualquer um deles. Não tendo havido escolha, aplicar-se-á a lei do país da residência

---

(22) Se uma francesa casar com um espanhol e ambos residirem na Alemanha, podem celebrar uma convenção antenupcial desde que ela seja válida para qualquer um destes ordenamentos. Ora, na prática, as partes podem escolher qual, de entre esses três ordenamentos, é o que vai reger a convenção e os efeitos patrimoniais do seu casamento.

(23) Cfr. ELISA PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, pp. 134-137, e ALFONSO LUIS CARAVACA, *Derecho...*, p. 76 e ss., defendendo, nesta matéria uma autonomia idêntica à que vigora em matéria contratual.

habitual dos cônjuges adoptada logo após o casamento e, na sua falta, a lei do lugar da celebração do casamento.

A preferência evidenciada pela lei nacional é uma solução tradicional no Direito da Família mas não deixa de ser criticada pela doutrina que a tem como contrária à defesa das expectativas das partes e inadequada num país de imigração como é hoje a Espanha (24).

Também o direito italiano consagra, hoje, a autonomia das partes quanto à escolha da lei reguladora das suas relações patrimoniais (25).

Os conflitos de leis nesta matéria são regulados, no direito internacional privado italiano, por uma regra de conflitos (art. 30 da lei italiana de DIP de 31-5-1995) que remete para a lei aplicável às relações pessoais. Assim, e na falta de escolha expressa dos cônjuges, a lei aplicável é a da nacionalidade comum dos cônjuges e se estes tiverem diferentes — ou plúrimas — nacionalidades, aplicar-se-á a lei do Estado no qual a vida matrimonial está prevalentemente localizada (art. 29). Se, pelo contrário, os cônjuges quiserem fazer valer a sua vontade neste domínio, terão de cingir-se a um quadro de leis previstas: a da nacionalidade de qualquer um deles ou a da residência de um ou do outro. A regra de conflitos italiana (art. 30, 1) ainda contém uma disposição material pela qual obriga à redução a escrito deste acordo de escolha de lei, necessariamente subscrito pelos dois cônjuges ou nubentes. A validade formal e substancial de tal pacto de escolha de lei será aferida ou pela lei escolhida ou pela lei do lugar da celebração do negócio (conexão alternativa).

A escolha de lei estrangeira poderá ser genérica, ao contrário do que acontece no direito interno (art. 161 do Código Civil italiano) que, tal

---

(24) Cfr. ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, *Derecho...*, p. 82, dando o exemplo de um litígio decidido pelo Tribunal de Málaga em 7-02-1994 que se referia ao regime de bens de um casal inglês que residia habitualmente em Espanha há mais de 15 anos e ao qual seria aplicável o direito inglês, não fora o recurso ao reenvio sob a modalidade de retorno. Numa outra decisão dos tribunais espanhóis (SAP Barcelona, 13.ª sec. de 6-04-1989) em que é visível o desfazimento entre o resultado legal e os interesses particulares dos sujeitos, um casal italiano residente em França, onde casou, vê o seu regime de bens sujeito à lei da sua nacionalidade, quando o país mais próximo da situação é a França. A aplicação da lei italiana é imprevisível e não atende aos interesses das partes.

(25) Aqui entendidas em sentido amplo, incluindo o regime de bens e outras relações de índole patrimonial que se estabeleçam entre os cônjuges. Assim, será regulada pela lei indicada no art. 30 a questão da ilegitimidade conjugal para a disposição de direitos reais e não a lei referida pelo art. 51. As obrigações alimentares ficam fora do campo de aplicação do art. 30.

como a lei portuguesa, não permite que a convenção de escolha do regime de bens do casamento se faça por simples remissão genérica para uma lei estrangeira <sup>(26)</sup>.

Aos terceiros que, sem culpa sua, desconhecem a aplicação da lei estrangeira às relações patrimoniais entre os cônjuges (quer essa aplicação resulte da escolha das partes ou da aplicação do art. 30) não é oponível o resultado dessa aplicação (art. 30, n.º 3).

Também o direito alemão admite, em termos apertados — lei nacional de cada um dos cônjuges, lei da residência habitual de cada um dos cônjuges, *lex rei sitae* para os imóveis —, a autonomia conflitual (art. 15.º EGBGB, na versão resultante da Lei de 25-7-1986). Na falta de escolha, aplicar-se-á a lei que rege os efeitos gerais do casamento no momento da sua celebração (art. 14.º EGBGB) que também pode resultar de escolha limitada das partes <sup>(27)</sup>.

O Direito Suíço <sup>(28)</sup> admite igualmente a escolha limitada da lei aplicável e, na sua falta, os elementos de conexão eleitos são o domicílio e a nacionalidade comuns e subsidiariamente a lei do foro com a aplicação do regime de separação de bens da lei suíça (arts. 52.º e ss. da LDIP suíça de 18-12-1987).

## 2.2. A mobilidade do elemento de conexão

O elemento de conexão em matéria de regimes matrimoniais é, na esmagadora maioria dos casos, móvel: nacionalidade, domicílio ou residência habitual, situação dos móveis, escolha de lei. Há sistemas que os imobilizam <sup>(29)</sup>, elegendo, por hipótese, a nacionalidade das partes ou a escolha de lei à data da celebração do casamento, o primeiro domicílio conjugal... Uns e outros apresentam vantagens e desvantagens <sup>(30)</sup>. Os sistemas imobilizados são insensíveis às vicissitudes posteriores à celebração do casa-

---

<sup>(26)</sup> Assim, FRANCO MOSCONI, *Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Vol. II, Parte Speciale, Turim, UTET, 1997, p. 52.

<sup>(27)</sup> Cfr. o referido texto, em versão portuguesa, em A. MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado — Colectânea de textos legislativos de fonte interna e internacional*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 1351.

<sup>(28)</sup> Cfr. ANDREAS BUCHER, *Droit international privé suisse*, II, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Editions Helbing & Lichtenhahn, §§ 435 a 498.

<sup>(29)</sup> Ou “petrificam”, na expressão preferida por A. FERRER CORREIA, *Lições...*, p. 196.

<sup>(30)</sup> G. DROZ, *Régimes...*, pp. 121-122.

mento e acabam por ignorar os novos elementos de estraneidade que as situações adquirem e a (nova) posição estratégica dessas situações no jogo da aplicação das leis <sup>(31)</sup>.

Os sistemas móveis têm, em contrapartida, como corolário, o princípio dos direitos adquiridos. Não são, no entanto isentos de críticas ou imunes a problemas: se o elemento de conexão eleito for a residência e os cônjuges mudarem, na vigência do casamento, três vezes de domicílio — do Texas, onde vigora a comunhão quase geral, para o Estado de Nova Iorque, que aplica a separação de bens, e daí para a Argentina, que elege a comunhão de adquiridos <sup>(32)</sup> — vão criar não um, mas três regimes matrimoniais distintos. Os bens adquiridos sob o império da primeira lei são comuns e teoricamente é conjunta a sua administração; os bens adquiridos mais tarde permanecem próprios, etc., etc. A confusão instala-se quando se torna necessário estabelecer os poderes de administração ou disposição dos bens ou proceder à sua partilha. É também um sistema irrealista porque os sujeitos não contam com o risco de a mudança de domicílio poder conduzir a uma alteração automática do regime de bens do seu casamento.

### 2.2.1. Sistemas móveis

O direito italiano optou por uma conexão móvel que poderá ser atenuada por efeito do exercício da autonomia conflitual. O DIP italiano abandonou o princípio da imutabilidade <sup>(33)</sup> da lei reguladora das rela-

---

<sup>(31)</sup> G. DROZ, *Régimes...*, pp. 59-63, dá-nos conta dessa situação enfatizando o problema dos países de Leste em que se deram importantes alterações legislativas neste domínio, nomeadamente do próprio regime supletivo de bens. Ora, em direito internacional privado comparado, há um princípio de aplicação integral da lei estrangeira, inclusive de direito transitório. Assim, se uma lei estrangeira normalmente aplicável muda e transforma, por hipótese, uma separação de bens numa comunhão geral, deverá admitir-se, no foro, o efeito de tal alteração. E isto, nos países que imobilizam o elemento de conexão, mesmo se ela, *de facto*, mudar: A e B, residentes em Varsóvia, casam sob o regime de bens supletivo da lei polaca. Entretanto, vêm viver para França e há uma alteração do regime de bens legal na Polónia. Qual é o regime de bens do casamento de A e B? O novo regime de bens da lei polaca? Em certas situações, esta solução poderá chocar a nossa sensibilidade jurídica, especialmente nos casos limite dos refugiados ou exilados que pretendem, precisamente, cortar laços com a sua lei nacional e não querem que lhes seja aplicável a legislação nova do sistema jurídico de que fugiram.

<sup>(32)</sup> G. DROZ, *Régimes...*, pp. 62-63.

<sup>(33)</sup> FRANCO MOSCONI, *Diritto...*, pp. 51-53.

ções patrimoniais entre os cônjuges e a solução foi louvada pela aproximação e coerência entre a realidade e a solução jurídica. A fraude à lei, possível, é descartada pelos mecanismos de defesa da própria lei da nacionalidade que não permite, em caso de divórcio, a aquisição da nacionalidade italiana pelo cônjuge estrangeiro.

Como as partes podem escolher a lei reguladora das suas relações de índole patrimonial, antes ou depois do casamento, é consagrada a plena mutabilidade da lei aplicável o que também poderá funcionar como elemento de estabilização: a autonomia evitará a mudança de lei automática e arbitrária, própria dos elementos de conexão móveis.

O direito inglês é também favorável à mutabilidade do elemento de conexão (quanto aos móveis, evidentemente) com salvaguarda dos direitos adquiridos sob a lei do primeiro domicílio.

Assim, se os cônjuges domiciliados nos Países Baixos segundo o regime de comunhão de bens forem viver para Inglaterra, permanecerá aplicável a lei neerlandesa aos móveis já adquiridos que serão comuns e aplicar-se-á a lei inglesa — o regime de separação de bens — aos móveis a adquirir <sup>(34)</sup>.

### 2.2.2. Sistemas imobilizados

As conexões imóveis por natureza não abundam nas regras de conflito sobre regimes matrimoniais.

Os sistemas territorialistas que aplicam aos imóveis a lei da sua situação constituem a mais importante excepção.

Alguns sistemas jurídicos que elegem conexões móveis almejam a sua imobilização através da referência temporal: é o caso da lei portuguesa que apenas considera relevante, na hipótese do art. 53.º do Código Civil, a *lei da nacionalidade comum e da residência habitual comum ao tempo da celebração do casamento*.

É também o caso do DIP alemão que remete, na ausência do exercício, pelas partes, da sua autonomia, para a lei aplicável aos efeitos gerais do casamento no momento da sua celebração. Assim, o art. 15.º EGBGB paralisa a conexão que é móvel na hipótese contemplada pelo art. 14.º do mesmo diploma <sup>(35)</sup>.

---

<sup>(34)</sup> CHESHIRE AND NORTH'S, *Private...*, p. 1018, coloca o problema, sem dar solução, de ser apenas um dos cônjuges a mudar de domicílio.

<sup>(35)</sup> Cfr. A MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado — Colectânea de textos legislativos de fonte interna e internacional*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 1351.

### 2.2.3. Sistemas autonomistas

A autonomia da vontade pode revelar-se não só no momento da escolha do regime de bens do casamento mas também durante o casamento, na possibilidade de alteração voluntária dessa lei e assim, do regime de bens que regerá materialmente o casamento.

Também aqui a autonomia pode surgir como correcção do sistema: não força a aplicação de uma lei que os cônjuges desconhecem, como acontece, por vezes, nos sistemas móveis; permite que a segunda lei escolhida esteja mais próxima das novas condições de vida dos cônjuges; não obriga os refugiados a sofrer a aplicação dos novos regimes adoptados pela lei da sua nacionalidade mas também não petrifica artificialmente as situações ao abrigo da lei revogada. Por fim, permite, nos sistemas móveis, que a lei escolhida pela segunda vez, permaneça aplicável mesmo que haja nova mudança de domicílio.

No direito comparado, encontramos vários exemplos de ordenamentos que valorizam a vontade das partes também na mudança da lei aplicável ao seu regime de bens.

A solução espanhola emanada da regra de conflitos do art. 9, 3, ao incluir no seu conceito-quadro não só a celebração mas a própria alteração dos pactos nupciais e oferecendo a mesma estatuição — validade do negócio desde que confirmada por qualquer das leis indicadas —, permite a mutabilidade do regime matrimonial, material e conflitualmente <sup>(36)</sup>.

O direito espanhol opta, assim, por um sistema imobilizado mas que se tornará móvel pela vontade das partes. Se existir, a convenção antenupcial poderá ser sempre alterada e, com ela, o regime de bens e a lei que lhe é aplicável.

Na falta de convenção, a conexão será imobilizada por referência a diferentes momentos: lei nacional comum *ao tempo da celebração do casamento*; escolha, *antes do casamento*, da lei aplicável aos efeitos do casamento; lei da residência habitual *após a celebração do casamento*. A única conexão imóvel é a da lei do lugar da celebração do casamento, de aplicação residual <sup>(37)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> Afirma ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, *Derecho...*, p. 77, que o facto de essa mudança não ser aceite pela lei que regulava o regime de bens anterior não impede a alteração.

<sup>(37)</sup> ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, *Derecho...*, p. 81, entende que, mesmo não existindo convenção, as partes podem alterar o regime de bens e a lei aplicável ao abrigo do

### 2.3. A Convenção da Haia de 1978 sobre a Lei Aplicável aos Regimes Matrimoniais

A Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos Regimes Matrimoniais de 14 de Março de 1978 foi assinada, mas não ratificada por Portugal. Entrou em vigor em 1992 e vincula apenas a França, o Luxemburgo e os Países Baixos.

No art. 1.º define-se o objecto: lei aplicável aos regimes matrimoniais. Exclui-se expressamente do seu âmbito de aplicação as obrigações alimentares entre cônjuges, os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente, a capacidade dos nubentes<sup>(38)</sup>.

O art. 2.º consagrou o carácter internacionalista da Convenção que se considerou aplicável ainda que a nacionalidade, a residência habitual ou a lei aplicável não seja a de um Estado contratante.

O art. 3.º define, então, a lei aplicável ao regime matrimonial que será a escolhida pelas partes antes do casamento. Essa escolha está limitada à lei do Estado da nacionalidade ou da residência habitual de qualquer um dos nubentes, à data da designação, ou à da primeira residência habitual de um dos cônjuges, após a celebração do casamento<sup>(39)</sup>.

A lei assim eleita aplicar-se-á a todo o património do casal a não ser que os nubentes designem a lei da situação dos imóveis, quanto aos que já possuem ou aos que venham a adquirir, no todo ou em parte, e quer tenham, ou não, feito a escolha da lei aplicável aos restantes bens.

No silêncio das partes, a lei aplicada supletivamente é a indicada pelo art. 4.º da Convenção: lei interna (o que pressupõe uma referência material, isto é, a exclusão do reenvio) do Estado onde os cônjuges estabeleceram, depois do casamento, a sua primeira residência habitual<sup>(40)</sup> <sup>(41)</sup>.

---

art. 9, 3. Não nos parece, da leitura que fazemos dos preceitos em causa, que seja essa a intenção do legislador, pois tal desvirtuaria a aplicação do art. 9, 2, que pressupõe um regime diferente para a falta dessa convenção.

<sup>(38)</sup> A delegação portuguesa na Conferência da Haia teria achado preferível a expressão “relações patrimoniais entre cônjuges” mas concedeu que esta tem um conteúdo demasiado amplo, dada a exclusão expressa daquelas matérias do objecto da Convenção: cfr. *Actes et Documents de La Treizième Session*, II, 1978, pp. 189-190.

<sup>(39)</sup> Plasmado o princípio da autonomia conflitual limitada, esta foi aceite pela representação portuguesa até porque a escolha recai sempre sobre uma lei que apresenta com a situação jurídica em causa uma conexão relevante: cfr. *Actes et Documents de La Treizième Session*, II, 1978, pp. 189-190.

<sup>(40)</sup> A representação portuguesa (cfr. *Actes et Documents de La Treizième Session*, II, 1978, pp. 189-190) entendeu que a opção pela residência habitual após o casamento se

A preferência pela lei da residência habitual comum só cede perante a lei nacional comum nos casos excepcionais previstos no art. 4.º, n.º 2. A prevalência da lei nacional nestes casos explica-se genericamente pela forte ligação de ambos os cônjuges ao Estado da nacionalidade — comum —, por respeito pela vontade desse Estado contratante que fez uma declaração no sentido da aplicação do seu direito interno ou porque, não sendo esse Estado contratante, o seu DIP manda aplicar o direito interno.

Fora destes casos, também se aplicará a lei nacional comum na falta de residência habitual comum e, na falta daquela, aplicar-se-á a lei com a qual o regime matrimonial apresenta uma conexão mais estreita (42).

Pelo art. 6.º da Convenção fica consagrado o princípio da livre e autónoma mutabilidade da lei aplicável ao regime matrimonial.

Os cônjuges poderão, na vigência do casamento, submeter o seu regime de bens a outra lei (interna) diferente da que era até aí aplicável.

Essa segunda escolha (poderá ser primeira, se era aplicável a lei supletiva) está igualmente circunscrita à lei do Estado nacional ou da residência habitual de um dos cônjuges à data do novo acordo. Será uma escolha unitária mas a cisão (aplicação de lei diferente a parte ou à

---

justifica, pois será de presumir a vontade dos cônjuges em se submeterem à lei do Estado no qual se instalaram logo após o casamento. Já a delegação alemã, por exemplo, chama a atenção para a imprecisão do conceito de residência habitual: qual é a medida da estabilidade e permanência de um indivíduo no seio de um Estado para que se possa qualificá-lo de país da sua residência habitual? A delegação espanhola acaba mesmo por defender que nesta matéria, em que estão em causa também os interesses de terceiros e dada a crescente mobilidade laboral das populações, num esquema diferente da tradicional emigração, se deveria optar pela conexão clássica da nacionalidade.

(41) A redacção deste art. 4.º presta-se, de facto, a muitas críticas, não tanto, a nosso ver, pela conexão preferida, mas pela redacção confusa e pela complexidade das soluções, admitindo-se demasiadas excepções que em nada favorecem a certeza e a segurança jurídicas. E é de assinalar que a regra supletiva será a mais aplicada tal como, *mutatis mutandis*, os regimes legais de bens são os mais comuns nas relações internas. A autonomia privada é exercida com mais frequência no decurso do casamento do que antes da sua celebração, momento em que os cônjuges estão talvez mais preocupados com os aspectos pessoais da sua relação e menos conscientes das implicações patrimoniais do estado de casado.

(42) O art. 52.º do Código Civil também faz esta referência à conexão mais estreita, mas, neste casos, com a vida familiar, o que se compreende dado o conceito-quadro: relações entre os cônjuges. Em defesa da interpretação da última parte do art. 52.º, n.º 2, como uma cláusula de excepção, cfr. J. CUNHAL SENDIM, *Notas sobre o princípio da conexão mais estreita no direito internacional privado matrimonial português*, Direito e Justiça, pp. 311-375.

totalidade dos seus bens imóveis) é possível nos mesmos termos do art. 3.º (43).

O art. 7.º afirma o princípio da imutabilidade automática da lei aplicável aos regimes matrimoniais. Assim, só a vontade expressa nos termos do artigo anterior pode provocar a alteração de lei. O princípio consagra, mais uma vez, exceções complexas no sentido da mutabilidade automática em favor da lei da residência habitual.

### 3. OS ARTS. 53.º E 54.º DO CÓDIGO CIVIL. ANÁLISE E CRÍTICA

As regras de conflitos do direito português que resolvem o conflito de leis em matéria de efeitos patrimoniais do casamento são os arts. 53.º e 54.º do Código Civil.

A substância e efeitos das convenções antenupciais e dos regimes de bens, legais ou convencionais, serão definidos pela lei da nacionalidade comum dos nubentes ao tempo da celebração do casamento (art. 53.º, n.º 1) e, não tendo eles a mesma nacionalidade, será aplicável a lei da residência habitual comum ao tempo da celebração do casamento e, na falta desta, a lei da primeira residência conjugal.

O n.º 3 do art. 53.º do Código Civil apresenta uma solução que é interpretada por alguns autores (44) como uma manifestação da autonomia conflitual (45), ainda que limitada: quando, por força dos n.ºs 1 e 2 do

---

(43) A delegação portuguesa (cfr. *Actes et Documents de La Treizième Session*, II, 1978, pp. 189-190) observou que, coerentemente, aceitando o princípio da autonomia privada, a vontade poderá também decidir da mutabilidade da lei aplicável. A fraude à lei parece excluída dada a limitação da escolha que deverá prevenir, como o fez, a simples mudança de residência. Esta hipótese de fraude não foi suscitada pela delegação portuguesa na defesa da redacção do art. 54.º do Código Civil português, comumente interpretado como plasmando uma autonomia conflitual implícita, na medida em que não imobiliza a conexão, permitindo aos cônjuges alterar a lei através da mudança, por exemplo, da residência habitual. Mas parece-nos que a hipótese de fraude só é configurada aqui pela mudança de residência sem carácter de permanência.

(44) Cfr. R. MOURA RAMOS, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Coimbra, Almedina, 1991, pp. 845-847, e a colaboração do mesmo Autor em F. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso...*, p. 715.

(45) É também de realçar que a resposta portuguesa ao questionário formulado no âmbito dos trabalhos da 13.ª sessão da Conferência da Haia (cfr. *Actes et Documents de La*

art. 53.º, for aplicável uma lei estrangeira e um dos nubentes tiver residência habitual em Portugal, podem as partes convencionar um dos regimes previstos no direito material português. Assim, a escolha está limitada não só à lei portuguesa como, materialmente, a um dos regimes-tipo dos arts. 1721.º a 1736.º do Código Civil. Além disso, esta possibilidade está circunscrita à eventualidade de um dos nubentes ter residência habitual em Portugal.

Para afirmar tal visão autonomista do art. 53.º, n.º 3, do Código Civil, teremos de aceitar que esta escolha se faz apesar ou contra a lei considerada competente pela mesma regra de conflitos. Isto é, se a lei estrangeira contiver normas imperativas que proíbam, por hipótese, o regime da comunhão de bens, os cônjuges poderão, ainda assim, escolher este regime. Então, a escolha de lei fundar-se-á na própria regra de conflitos (art. 53.º, n.º 3) quando a lei aplicável é a que resulta do art. 53.º, n.ºs 1 e 2. Chegar-se-á ao mesmo resultado se a lei estrangeira desconhecer o regime de bens da lei portuguesa.

No entanto, não temos a certeza de que a autonomia plasmada na regra de conflitos portuguesa possa ser tão completa ao ponto de permitir a derrogação de normas imperativas da lei estrangeira que é (continua) competente nesta matéria. E se assim for, continua a carecer de demonstração a autonomia conflitual subjacente ao art. 53.º, n.º3 (46).

O art. 54.º, n.º 1, do Código Civil vem, por seu turno, resolver um problema de qualificação em DIP (47). A alteração das convenções antenupciais e dos regimes de bens do casamento, vale dizer o princípio da imutabilidade dos regimes de bens, será apreciado pela lei referida no art. 52.º: lei da nacionalidade comum dos cônjuges e, subsidiariamente, a lei da sua

*Treizième Session*, II, 1978, pp. 63-65) e concretamente quanto à interpretação do art. 53.º, n.º 3, parece ir no sentido da admissibilidade da autonomia conflitual. À pergunta “Podem os nubentes, através de convenção antenupcial, submeter o seu regime de bens a lei diferente da prevista no art. 53.º do Código Civil?”, a resposta foi negativa, com a ressalva, precisamente, do regime do n.º 3 do art. 53.º

(46) Neste sentido e segundo o “entendimento de Isabel Magalhães Collaço”, cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado. Parte Especial (Direito de Conflitos)*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 270.

(47) Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, p. 410, e R. MOURA RAMOS, em F. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso...*, p. 714: “a regra do art. 54.º, n.º 1, ... limita-se a contribuir para a explicitação do sentido do critério de delimitação do âmbito respectivo de competência das leis designadas pelos arts. 52.º e 53.º...”.

residência habitual comum e a lei do país com o qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexas (48).

Já o n.º 2 do art. 54.º contém uma norma material de DIP, exercendo uma autónoma função regulamentadora (49), proibindo o efeito retroactivo da nova convenção que foi admitida pela lei referida pelo art. 52.º

Assente que é uma a lei aplicável à convenção ou ao regime de bens legal — a referida pelo art. 53.º —, esse regime ou o que foi por aquela convenção, só poderá mudar se tal opção for possível já não para a lei que é e continua a ser aplicável mas agora para a lei designada pelo art. 52.º que, como não imobiliza o elemento de conexão (50), pode ter mudado (51).

Ora, a mutabilidade conflitual é um problema diverso da mutabilidade material. Isto é, poderão existir sistemas que, no direito interno, não permitem aos cônjuges alterar o regime de bens depois da celebração do casamento — por apelo aos interesses dos credores e dos próprios cônjuges — mas que admitem uma alteração da lei aplicável à convenção antenupcial, no domínio das relações privadas internacionais, que pode implicar mudança de regime: A e B, nacionais do Estado X, escolhem o regime da comunhão geral de bens desse Estado e assim permanecerão até à dissolução do seu casamento. Se ambos mudarem de nacionalidade, o DIP do Estado X poderá admitir a escolha da lei da nova nacionalidade e assim outro regime de bens e independentemente da posição dessa lei quanto ao princípio da imutabilidade dos regimes de bens. O DIP pode considerar uma alteração profunda da vida dos cônjuges que justifica a derrogação, no plano conflitual, do princípio da imutabilidade que continua a valer no plano interno.

É curioso assinalar que a representação portuguesa na Conferência da Haia e em resposta ao questionário formulado sobre o sistema confi-

---

(48) Não será apenas a modificação do regime de bens que fica dependente da lei designada pelo art. 52.º J. BAPTISTA MACHADO (cfr. *Lições...*, p. 411) afirma claramente que o disposto no art. 54.º implica a subordinação àquela lei de todas as questões conexas com o princípio da imutabilidade — contrato de doação, de venda e de sociedade entre cônjuges.

(49) Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, p. 410, e R. MOURA RAMOS, em F. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso...*, p. 714.

(50) Cfr. J. BAPTISTA MACHADO (*Lições...*, p. 404).

(51) Cfr. J. BAPTISTA MACHADO (*Lições...*, p. 410): “o art. 54.º, n.º 1, não significa... que os cônjuges também *podem* modificar o regime de bens se a isso forem autorizados pela lei designada pelo art. 52.º mas que tal regime *só* pode ser modificado quando esta lei o permita”.

tual português em matéria de regimes matrimoniais, toma uma posição quanto à interpretação do art. 54.º do Código Civil que contradiz a ideia de que a petrificação do elemento de conexão favorece a autonomia privada (52).

Ora vejamos. É perguntado a Portugal (53) se os cônjuges podem, depois do casamento, por contrato, modificar *o elemento de conexão inicial*.

A representação portuguesa respondeu dizendo que a remissão do art. 54.º para o art. 52.º do Código Civil implica que se os cônjuges sujeitos à lei da nacionalidade comum ou da residência habitual comum mudarem de nacionalidade ou residência, respectivamente, poderão alterar o regime de bens se essas leis o permitirem. E que um sistema assim pensado acaba por permitir que a vontade dos cônjuges possa fazer mudar a própria conexão, vale dizer, a lei aplicável ao regime de bens. É dado um exemplo: se um casal luso-alemão tem residência habitual em Portugal ao tempo da celebração do casamento, ser-lhe-á possível, à luz do DIP português, alterar a lei aplicável ao regime de bens nos termos da lei alemã. Basta para isso, que vá residir na Alemanha. Ficará sujeito à lei alemã, mesmo que venham residir novamente em Portugal. A configuração da fraude à lei não é suscitada pela resposta de Portugal.

Não nos parece, no entanto, que haja aqui intenção, por parte do legislador, em garantir, por esta via, autonomia conflitual às partes. A ser de outro modo, então, toda a regra de conflitos que elegeisse o elemento de conexão “lugar da celebração do negócio” era expressão de autonomia conflitual. Quando fosse aplicada a *lex loci contractus* haveria escolha de lei: celebrava-se o contrato em determinado país para aplicar essa mesma lei.

Pelo contrário, a imobilização do elemento de conexão permite às partes prever a lei que vai ser aplicada ao seu regime de bens e nessa medida está mais próxima da sua vontade, o que se justifica dada a natureza convencional das matérias subsumíveis ao art. 53.º do Código Civil.

---

(52) Tese que é defendida por J. BAPTISTA MACHADO (cfr. *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1989, pp. 408-411, acompanhado por R. MOURA RAMOS no contributo para F. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso...*, p. 713). Para o Mestre, a imobilização do elemento de conexão nos termos do art. 53.º do Código Civil favorece a autonomia das partes porque os regimes de bens legais ou convencionais não ficariam ao critério da lei pessoal e da sucessão de estatutos, mas daquela que é aplicável ao tempo da celebração do casamento e com a qual as partes podem contar.

(53) Cfr. *Actes et Documents de La Treizième Session*, II, 1978, pp. 63-65.

A doutrina tem aceite como razoável a sujeição do princípio da imutabilidade à lei pessoal. Diz-se, recorrentemente, que a alteração da convenção antenupcial e do regime de bens belisca com interesses de terceiros, com a estabilidade do casamento e com a protecção da parte mais fraca nesse consórcio: logo, são matérias indisponíveis, de natureza imperativa <sup>(54)</sup>.

Mas é no plano interno que a própria imutabilidade do regime de bens do casamento começa a ser colocada em causa.

Em primeiro lugar, há quem questione o próprio alcance do princípio da imutabilidade <sup>(55)</sup>. Já não teríamos aquela regra que proíbe não só a alteração do regime de bens convencionalizado ou fixado por lei (*i.e.*, as cláusulas da convenção antenupcial ou as regras do regime supletivo que determinam a qualificação do bem e a sua integração no património próprio ou comum dos cônjuges) mas também todos os negócios que incidam sobre bens em concreto; apenas os negócios referidos no art. 1714.º, n.ºs 2 e 3 (que não seriam meros exemplos), e no art. 1761.º e ss. estão vedados aos cônjuges.

Em segundo lugar, põe-se em causa a própria validade do princípio da imutabilidade, mesmo em sentido restrito.

As razões em favor da imutabilidade são conhecidas: são pactos de família; há locupletamento de um dos cônjuges em relação ao outro, vítima do ascendente que sobre ele é exercido; há riscos para terceiros.

Quanto à primeira, opõe-se o princípio da intervenção, na convenção antenupcial, das partes que são os próprios nubentes; a segunda já não colhe em época de plena igualdade jurídica e material dos cônjuges; a terceira será facilmente evitável com um adequado sistema de publicidade e de consagração da irretroactividade face aos terceiros <sup>(56)</sup>.

Em favor da livre mutabilidade também são carreados argumentos: necessidade de os cônjuges adequarem a situação patrimonial ao sistema

---

<sup>(54)</sup> Assim, R. MOURA RAMOS, *loc. cit.*: “o legislador coloca a questão da imutabilidade do regime matrimonial (...) no âmbito da lei designada pela regra de conflitos do art. 52.º, que rege as relações pessoais e patrimoniais do casamento que não são susceptíveis de ser objecto de regulamentação especificada consoante o particular regime de bens escolhido — é o que acontece com a questão da mutabilidade do regime de bens, que recebe uma resposta legislativa única da ordem jurídica, independentemente do regime de bens escolhido (...) aos cônjuges já lhes está vedado influenciar a opção legislativa quanto ao carácter mutável ou não de tal escolha (...)”.

<sup>(55)</sup> PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso...*, pp. 488-493.

<sup>(56)</sup> Neste sentido também RITA LOBO XAVIER, *cit.*, pp. 284 e ss., com argumentos diferentes.

jurídico em que vivem, o qual pode não dar suficientes garantias a nível sucessório; necessidade de proteger o património adquirido quando um deles abraça uma profissão de risco económico; prever adequadamente uma separação iminente.

E *last but not the least*, o respeito puro e simples pelo princípio da autonomia privada.

A evolução neste sentido já foi seguida em vários países do espaço europeu: Alemanha, Suíça, Holanda, França, Itália, Bélgica, Espanha.

Esta mudança no entendimento do princípio da imutabilidade, tem forçosa ressonância no plano conflitual. A solução autonomista, isto é, a defesa da livre escolha da lei aplicável às relações patrimoniais do casamento — pelo menos as que dependem de determinado regime de bens — é a solução óptima. A solução “sub-óptima” pode ficar-se na eliminação do art. 54.º, n.º 1, e incluir-se a matéria da alteração do regimes de bens ao conceito-quadro do art. 53.º, com inegáveis vantagens para as legítimas expectativas das partes.

### 3.1. Conclusões

A defesa da autonomia das partes na determinação da lei aplicável ao regime de bens do seu casamento alicerça-se em argumentos sólidos.

Se um dos princípios fundamentais do DIP é o da harmonia internacional, não restam muitas dúvidas sobre a necessidade de alterarmos o carácter imperativo da regra de conflitos portuguesa: é hoje evidente que o princípio da autonomia conflitual, ainda que limitado a um naipe de conexões possível, foi adoptado na maioria dos ordenamentos.

Nos países onde a tradição territorialista se impõe, a escolha de lei faz com que se ultrapassem os inconvenientes da aplicação simultânea de várias leis consoante a localização dos bens. De facto, os nubentes, ao ser-lhes permitida a escolha, vão, naturalmente, aplicar uma só lei a todo o seu património.

De uma só vez, são eliminados os problemas suscitados pela aplicação da lei nacional ou da residência habitual, respectivamente, nos ordenamentos plurilegislativos de base territorial e de base pessoal.

A referência à lei estrangeira será, como é da natureza da solução autonomista, material, excluindo o reenvio. A referência material é uma solução mais simples e eficiente, apesar do risco permanente de desarmonia internacional. Mas o mecanismo de reenvio só resolve algum problema quando o número de conexões em presença no conflito negativo é limitado

e da mesma natureza. O que não acontece nesta matéria. Nas palavras de Georges Droz <sup>(57)</sup>, “*pour un rocher de bronze (...), on recontrera trop de pieds d’argile*” <sup>(58)</sup>.

Face aos terceiros, o sistema funcionará talvez melhor já que a escolha expressa é feita no próprio contrato nupcial com a publicidade a que está normalmente sujeito.

Possibilitará aos nubentes adequar o regime de bens à lei reguladora da sucessão por morte.

A escolha de lei corrige os “excessos” dos sistemas jurídicos que optam definitivamente por conexões móveis ou imobilizadas. Os primeiros vêm a admitir que se existe um contrato com escolha de lei expressa, os cônjuges devem permanecer sob o império dessa lei mesmo que os outros elementos de conexão se alterem. Os segundos irão aceitar que, havendo vontade expressa nesse sentido, aos cônjuges deverá ser permitida a mudança de regime de bens e da lei que lhes é aplicada, para uma outra mais adaptada às novas condições de vida: a lei da sua nova nacionalidade ou dos país da nova residência habitual.

Por fim, a autonomia conflitual assim reconhecida não impõe aos cônjuges um regime de bens contrário à sua vontade e aos seus interesses.

---

<sup>(57)</sup> G. DROZ, *Régimes...*, p. 123.

<sup>(58)</sup> Dizemos isto apesar de o reenvio servir, nos sistemas personalistas como o português, de corrector do regime. Bastaria, para isso, que a lei designada, por hipótese, a lei nacional, admitisse a escolha de lei. No caso português, seria ainda necessário, e a menos que essa terceira lei fosse também a da situação dos imóveis, que a lei designada pelas partes aceitasse a sua competência e que os interessados não tivessem residência em Portugal ou em país cuja regra de conflitos também referisse a lei nacional das partes (art. 17.º, n.ºs 1, 2 e 3).

Interpretação diversa pareceu ter a representação portuguesa na Conferência da Haia sobre a Lei Aplicável aos Regimes Matrimoniais. De facto, em resposta ao questionário sobre o sistema conflitual português, a representação referiu que, pelo funcionamento das regras dos art. 17.º, n.ºs 1 e 3, e se a Regra de Conflitos portuguesa referir a lei nacional estrangeira dos nubentes e essa lei reenviar para a lei do domicílio ou da situação dos bens, estas serão aplicadas se aceitarem essa competência. Parece admitir-se, nesta matéria, apenas três conexões possíveis: domicílio, nacionalidade, situação dos bens. Se assim for, e dado que a *facti-species* do art. 17.º, n.º 2, não está em causa (a lei da residência habitual não é nem a lei portuguesa nem outra lei que refira a lei nacional, sob pena de o reenvio estar paralisado), de facto só haverá reenvio se L3 for a lei da residência habitual ou a lei da situação dos bens. Mas L3 não poderá ser, simplesmente, a lei escolhida pelas partes, opção admitida pela lei nacional e pela própria lei da residência habitual? Ou não poderá a lei da residência habitual que está fora do circuito considerar-se competente ou remeter para a *lex rei sitae* que é, por hipótese, a lei portuguesa?

Pois é isso que acontece quando os cônjuges desrespeitam o carácter imperativo da regra de conflitos. Se a convenção for nula porque as partes, nacionais do Estado X, escolheram como lei aplicável ao regime de bens, a lei do Estado Y, a sanção é, na maioria dos ordenamentos, a aplicação do regime legal ou supletivo do Estado X, que pode ser bem diverso do regime pensado e querido pelas partes para regular as suas relações patrimoniais.

A escolha da lei aplicável ao regime de bens do casamento poderá ser limitada a um número de leis que apresentem uma conexão relevante nesta matéria. É evidente a vantagem comparativa da lei nacional: garante segurança, previsibilidade e continuidade. Mas não resolve os problemas de diversidade de nacionalidades e, nos sistemas de conexão subsidiária como o nosso, as dificuldades inerentes aos casos de binacionalidade e de aplicação de um ordenamento plurilegislativo de base territorial.

Por seu turno, a lei do domicílio ganha pontos sob o ponto de vista da igualdade e da substancialidade, só perdendo nas querelas sobre o domicílio legal e efectivo e nos ordenamentos plurilegislativos de base pessoal. É no entanto preferível à vontade tácita dos cônjuges que é imprevisível, complexa, irrealista e depende sempre de decisão judicial.

Porto, Março de 2002.