

**OS EFEITOS PATRIMONIAIS DO CASAMENTO
EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E, EM ESPECIAL,
O REGIME MATRIMONIAL PRIMÁRIO (*)**

HELENA MOTA ⁽¹⁾

“Antes de iniciar a apresentação do meu trabalho, quero cumprimentar a Universidade do Porto na pessoa do Senhor Prof. Doutor Cândido da Agra, Ilustre Director desta Faculdade de Direito, a quem agradeço o apoio e o incentivo ao prosseguimento da minha carreira académica e por ter sempre constituído, para mim, um exemplo e um modelo humano e académico inspirador.

Quero também cumprimentar, de modo especial, os Senhores Prof. Doutores Luís de Lima Pinheiro e Maria Helena Brito, que muito me honram pela sua presença nestas provas e por terem aceite o encargo desta arguição. É para mim um privilégio ter a oportunidade de ver o meu trabalho apreciado criticamente por tão reputados especialistas.

Cumprimento ainda o Senhor Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro a quem agradeço a honra que me dá de integrar o Júri destas provas e por uma vez mais ter um papel preponderante na minha carreira académica,

(*) O texto que agora se publica serviu de base à apresentação, nos termos do art. 24.º, n.º 3, do Regulamento do Doutoramento pela Universidade do Porto, da dissertação *Os efeitos patrimoniais do casamento em direito internacional privado e, em especial, o regime matrimonial primário*, efectuada nas provas de discussão pública da tese de doutoramento que tiveram lugar, a 15 de Outubro de 2010, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, perante um júri presidido pelo Senhor Prof. Doutor Cândido da Agra, em representação do Senhor Reitor, e constituído pelos Senhores Prof. Doutores Luís de Lima Pinheiro e Maria Helena Brito, na qualidade de arguentes, pelo Senhor Prof. Doutor Rui Moura Ramos, orientador da dissertação, e pelos Senhores Prof. Doutores Jorge Sinde Monteiro, Rita Lobo Xavier e Manuel Carneiro da Frada.

⁽¹⁾ Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

depois de ter sido orientador da minha dissertação de Mestrado e ter integrado também o Júri das respectivas provas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Cumprimento igualmente a Senhora Prof. Doutora Maria Rita Lobo Xavier, de quem tive o privilégio de ser aluna no Curso de Direito do Porto da Universidade Católica, agradecendo a presença no Júri destas provas.

Estendo os meus cumprimentos e agradecimentos ao Senhor Prof. Doutor Manuel Carneiro da Frada, Professor da nossa Faculdade, não só por integrar o Júri destas provas como pela simpatia e amabilidade com que sempre me distinguiu.

E por fim, mas de modo nenhum em último lugar, quero cumprimentar o Senhor Prof. Doutor Rui Moura Ramos e expressar-lhe o meu profundo reconhecimento por ter aceitado a orientação da minha tese e por tudo o que me ensinou ao longo destes anos, desde as aulas da Licenciatura na Universidade Católica, passando pelo Mestrado na Universidade de Coimbra, até ao acompanhamento neste trabalho. O Senhor Professor é o responsável primeiro pelo gosto que voto às matérias do Direito Internacional Privado.

Não queria deixar de dizer uma última palavra em memória e homenagem ao Prof. Doutor António Marques dos Santos, com quem tive o privilégio de trabalhar como sua assistente aqui nesta Casa e me orientou numa primeira fase deste trabalho e de quem retenho uma grata lembrança ao nível académico e humano.

I. O estudo que aqui apresentamos tem como objecto os efeitos patrimoniais do casamento nas relações matrimoniais internacionais quando tais relações reclamam a intervenção do direito internacional privado, *maxime* do Direito de Conflitos.

Em particular, e como se enuncia logo no título da dissertação, a nossa atenção concentrou-se no comumente designado regime matrimonial primário, isto é, o conjunto daquelas regras, presente tanto no ordenamento jurídico português como noutros ordenamentos, que se destina, em traços muito largos, a disciplinar aspectos patrimoniais do casamento, independentemente do concreto regime de bens adoptado pelos cônjuges ou aplicado *ex lege*.

A redacção das normas de conflitos do direito português que se ocupam desta temática — os arts. 52.º, 53.º e 54.º do CC — é indiscutivelmente obscura, vaga e opaca quanto ao seu sentido e alcance. Mesmo

para o estudioso destas matérias com fama de herméticas, habituado às dificuldades de interpretação de regras cuja previsão é abstracta e técnica, a genérica referência, feita pelo art. 52.º, “às relações entre os cônjuges” por contraste com a muito precisa e restrita designação do art. 53.º à “substância e efeitos das convenções antenupciais e dos regimes de bens legais ou convencionais”, provoca perplexidade, interrogação e, inevitavelmente, interesse e curiosidade.

Qual será a mais correcta interpretação a dar a estas regras de conflitos?

Estará a matéria dos efeitos patrimoniais esgotada no art. 53.º ou deveremos considerar que o art. 52.º também se refere a “relações *patrimoniais* entre os cônjuges”? E, nesse caso, de que tipo?

E, será, de todo o modo, possível e/ou desejável apartar conflituamente certos efeitos patrimoniais do casamento de outros?

E mesmo admitindo que a conexão utilizada pelo art. 53.º (lei nacional comum, lei da residência habitual comum, primeira residência conjugal, todas imobilizadas no tempo) não serve bem a efeitos patrimoniais do casamento que estejam, por assim dizer, desligados do concreto regime de bens — não se tratando, por isso, de matérias convencionais — e que era necessária uma conexão de tipo pessoal para matérias gerais e caracterizadoras, mais do que do tipo contratual, da própria instituição matrimonial e dos seus sujeitos — a família como célula social fundamental —, mesmo assim será de menosprezar os problemas de aplicação que esta divisão acarreta, ao convocar questões de fragmentação e qualificação?

E não será possível admitir uma conexão diferente para estas matérias que ao mesmo tempo contorne esses problemas de aplicação e seja, de igual modo, conveniente, do ponto de vista da localização da questão jurídica?

Acresce que as dúvidas sobre o Direito de Conflitos português em matéria de efeitos patrimoniais do casamento não terminam aqui mas aumentam com a solução do art. 54.º que declara permitir aos cônjuges a modificação dos regimes de bens se tal for autorizado pela lei indicada no art. 52.º Ou seja, a questão da modificação dos regimes de bens sai, por força do art. 54.º, da alçada da lei indicada pelo art. 53.º que inicia por se declarar competente para a sua (dos regimes de bens) regulação. Também esta regra de conflitos merece discussão: qual será o seu alcance — aparentemente subtrair uma matéria que recairia tipicamente no âmbito da lei designada pela regra de conflitos dos regimes de bens para a entregar àquela que regula em geral as relações entre os cônjuges; resolver, com

isso, um problema de qualificação da norma do direito português, o art. 1714.º, que não permite essa mudança; declarar essa impossibilidade matéria não imperativa internacionalmente —?

E será ela coerente com o método de qualificação proposto pelo art. 15.º do CC?

II. Já em 1964, na sua obra fundamental sobre a qualificação em DIP, Isabel Magalhães Collaço falava na importância específica da dependência entre a previsão e a estatuição da regra de conflitos, que estava para além da simples construção de tipos legais em função das consequências jurídicas da norma, mas que punha em causa o sentido e alcance da regra de conflitos em si mesma. De facto, como alertou Baptista Machado, isto acontece porque só se poderiam subsumir, vale dizer qualificar, à previsão da regra de conflitos aquelas normas materiais do ordenamento aplicando que respondessem à questão colocada no conceito-quadro, sendo-lhes portanto adequado o elemento de conexão utilizado pela regra de conflitos. Assim, não interessará tanto definir o que é o regime matrimonial primário mas antes determinar o que é regime matrimonial primário para o art. 52.º, ou melhor, o que são “relações entre os cônjuges” para o art. 52.º; é o mesmo que dizer: qual é a questão jurídica enunciada na previsão do art. 52.º, através da análise do seu elemento de conexão? Elegendo um elemento de conexão pessoal, imperativo e móvel, o sentido e alcance do art. 52.º é o da adjudicação da competência, à lei indicada, para regular matérias de natureza não patrimonial, pessoal portanto, e, no limite, matérias patrimoniais mas estranhas à definição em concreto do regime de bens conjugal. Este regime, por sua vez, necessita de um elemento de conexão de outra índole, com maior segurança jurídica, mais respeitador das expectativas das partes.

Mas podemos ir mais longe: será que todas as matérias de índole patrimonial não ficariam bem servidas por uma conexão deste último tipo? Resolviam-se problemas de qualificação, resolvia-se a fragmentação indesejável. E porque não, de todo o modo, a autonomia conflitual?

Em suma, sentimos necessidade de encontrar e definir o critério de delimitação das regras de conflitos presentes nos arts. 52.º 53.º e 54.º; discutir a sua solução; propor, no limite, uma alternativa mais funcional e mais coerente.

III. A justificação da solução do art. 54.º reside, tradicionalmente, na tentativa de resolver um problema de qualificação. Mas, no nosso

modo de ver, fá-lo de forma totalmente incongruente com a interpretação autónoma prevista no art. 15.º do CC porque toma como assente e seguro, para qualquer solução material sobre a admissão da modificação dos regimes de bens (positiva, negativa, com *nuanças* e restrições variadas), que os valores que lhe subjazem são de índole pessoal — por isso, só uma conexão de tipo pessoal e móvel lhe serve. O que está por provar. Ora, partindo do método proposto no art. 15.º, dever-se-á indagar da *ratio* da norma material dentro do sistema em que esta se insere e retirar as devidas conclusões, submetendo-a ao art. 52.º (ou 53.º). Esta *démarche* é incontornável e o teor do art. 54.º vem negá-la. A não ser que se considere, como Pires de Lima e Antunes Varela aventaram, que o art. 54.º apenas pretende retirar a matéria da imutabilidade dos regimes de bens prevista no art. 1714.º da reserva de ordem pública internacional, afirmando, por essa via, a autonomia do DIP em face do direito material do foro. Mas não é isso que se lê, literalmente, no art. 54.º e, por isso, defendemos a sua revogação.

Acresce que também segundo a interpretação que fazemos, o próprio princípio da imutabilidade dos regimes de bens, consagrado no ordenamento jurídico português através do art. 1714.º do CC, é, apesar da sua inegável generalidade — aplica-se a todos os casamentos qualquer que seja o seu regime de bens — e imperatividade — fora dos casos previstos no art. 1715.º, os cônjuges não podem alterar, na constância do matrimónio o regime de bens legal ou convencional —, uma norma que participa efectivamente da organização do concreto regime de bens em que os cônjuges estão casados e pode influenciar decisivamente a sua opção, antes do casamento, por um ou outro regime. Logo, a conexão que lhe serve não é de índole pessoal mas uma outra que respeite as expectativas das partes e o seu espaço de autonomia na previsão de um concreto estatuto económico do seu casamento. De resto, verificámos que mesmo em ordenamentos, como o francês, por exemplo, onde, no plano do direito material, a livre modificação dos regimes de bens foi sempre olhada com muitas reservas, sem prejuízo da evolução de uma simples proibição para um sistema de restrições várias, nunca se duvidou da sua caracterização como uma regra dos regimes de bens e, do ponto de vista conflitual, ao alcance da lei competente para os reger.

E assim entendido o princípio da imutabilidade dos regimes de bens, não deverá temer-se a sua inclusão numa regra de conflitos que admita a autonomia conflitual, sob o pretexto de que desse modo estariam os cônjuges a defraudar e a contornar uma norma imperativa. Um temor desse

género olvida por completo o carácter internacional da relação matrimonial onde a imperatividade das normas materiais está sempre dependente da lei aplicável, respeitando, assim sim, o princípio da autonomia do direito internacional privado em face do direito material.

IV. O que aqui defendemos em relação ao princípio da imutabilidade também se aplica a outras normas do regime matrimonial primário que apenas dependem *indirectamente* do regime de bens. No direito português encontramos muitas regras — sobre a administração dos bens conjugais, regras que criam verdadeiras ilegitimidades conjugais limitando os cônjuges nos seus poderes de disposição (v. g. alienação, oneração, constituição de direitos pessoais de gozo, sobre bens próprios ou comuns), regras que estabelecem a comunicabilidade de certas dívidas assumidas pelos cônjuges —, que, não estando limitadas directamente na sua previsão à aplicação num ou noutro regime de bens, acabam por estar na sua dependência porque se referem a bens próprios ou bens comuns e, para a identificação destes, já é necessária a prévia definição do regime de bens. Este tipo de normas deve ser avaliada pelos cônjuges na programação do regime económico do seu casamento e os poderes que elas garantem ou subtraem devem ser repensados ao mesmo tempo que definem, através do regime de bens, a titularidade dos mesmos. Veja-se por exemplo o art. 1678.º, n.º 2, al. c), do CC: o poder de administração exclusivo aí garantido a um dos cônjuges só se efectivará no regime de comunhão de geral de bens ou numa comunhão atípica pois nos restantes regimes, os bens aí referidos são próprios e não comuns; assim como no caso do arts. 1691.º, n.º 1, al. e), e 1693.º, n.º 2, a comunicabilidade das dívidas sobre doações, heranças ou legados só abrangerá os bens que se tornarão comuns pelo regime de bens adoptado pelos cônjuges; em qualquer caso, à decisão dos cônjuges sobre qual será o seu regime de bens não é indiferente a aplicação destas regras e a sua previsão poderá condicionar a escolha mais bem informada daquelas.

V. As críticas que até aqui fizemos à qualificação quer do princípio da imutabilidade quer de outras regras do chamado regime matrimonial primário que habitualmente seriam (re)conduzidas ao âmbito de aplicação da lei indicada pelo art. 52.º do CC (lei reguladora das relações entre os cônjuges) têm em comum o entendimento de que nem num caso nem no outro se pode fazer a sua leitura e aplicação desligadas do regime de bens que vigora em cada casamento e que, por isso, uma conexão pessoal e móvel como a utilizada por aquela regra de conflitos (lei nacional comum, lei da residência habitual comum e lei mais próxima da vida familiar, sem

fixação temporal) não lhes convém e não se adequa à sua *ratio*. Donde se começa a perceber que os critérios de generalidade e imperatividade, isolados ou combinados, não bastam para a qualificação destas normas. De resto, os dados que as experiências jurídicas estrangeiras nos fornecem confirmam esta dificuldade; a necessidade de analisar cada norma de regime matrimonial primário, mesmo em ordenamentos, como o francês, onde a sua classificação ou sistematização, enquanto tal, era mais clara, não se conseguindo uma leitura estanque em relação aos regimes de bens concretamente aplicados, é referida insistentemente pelos textos que estudámos.

Tentámos assim encontrar um outro critério de delimitação que apartasse as normas materiais pertinentes à definição dos direitos dos cônjuges sobre o seu património e sobre a sua organização (normas que resolvem, nos ordenamentos a que pertencem, a questão jurídica enunciada no art. 53.º) das outras que não estão nem dependentes de qualquer regime de bens e são relativamente neutras para o seu funcionamento, organização e planeamento.

Tal critério permitir-nos-ia remeter soluções como a da modificação dos regimes de bens (no direito português, o art. 1714.º do CC) ou a imposição de um núcleo de bens próprios em qualquer regime de bens (art. 1733.º, no direito pátrio) ou mesmo soluções que apenas na sua aplicação jurídico-prática interpelam os regimes de bens, apesar de o seu teor literal ser comum a todos os casamentos e não poderem ser afastadas pelas partes, para o âmbito da lei aplicável aos regimes de bens.

VI. No entanto, uma vez mais definido e claro o critério de delimitação dos arts. 52.º e 53.º e advogando a revogação do art. 54.º, nem por isso os problemas de resolução dos conflitos de leis em matéria de efeitos patrimoniais do casamento se conseguiram resolver de maneira satisfatória. Após uma análise do direito comparado logo verificámos que no horizonte continuariam a pairar questões quer de qualificação quer de fragmentação do estatuto patrimonial do casamento.

Outras experiências jurídicas mostravam-nos que a duplicação de regras de conflitos nesta matéria e a divisão entre regras patrimoniais que ficavam no âmbito de aplicação de leis diferentes produziriam inevitáveis e incontornáveis conflitos de qualificações, uma vez respeitada a caracterização *lege causae* das normas materiais dos ordenamentos aplicandos que não eram de todo unânimes na interpretação, inserção sistemática, e valoração dos respectivos preceitos. Isto é, quantas vezes não teríamos

regras de, por exemplo, dois ordenamentos estrangeiros com soluções contraditórias mas ambas aplicáveis porque se reconduziam às duas regras de conflitos do DIP português que, por sua vez, reconheciam competência nestas matérias de fronteira às respectivas leis. Ou, problema idêntico, não ofereciam competência a nenhuma delas e caímos num vazio legislativo.

O simples *dépeçage* do estatuto patrimonial do casamento era preocupante; de facto, independentemente dos problemas de qualificação — fruto esses de uma eventual contradição valorativa de normas jurídicas semelhantes ou que regulam a mesma situação da vida, com conteúdos opostos, e que convocam mais do que uma regra de conflitos obtendo simultâneo título de aplicabilidade —, a contradição sistemática ou a consideração de um aspecto jurídico num determinado ponto do sistema de um ordenamento, diferente do ordenamento vizinho, pode gerar problemas incómodos de compatibilização. Isto é, podemos confrontarmo-nos com a aplicação de uma regra chamada pela lei indicada pelo art. 52.º que venha a desvirtuar o sentido da aplicação de outra que, por sua vez, foi determinada pela lei convocada pelo art. 53.º Se vigora um regime de bens em que os cônjuges têm plenos poderes sobre bens próprios, o facto de o art. 52.º chamar uma outra lei que limita esses poderes, em todos os regimes de bens, pode desnaturar ou descaracterizar o regime matrimonial em vigor.

A existência destas, por assim dizer, patologias do DIP nunca nos pareceu uma fatalidade. Adivinhávamos mesmo que elas eram perfeitamente evitáveis.

Bastava para isso olhar para o regime matrimonial primário de uma outra perspectiva, aceitando que a sua natureza económica era preponderante. As regras do chamado regime matrimonial primário não podem ser descarnadas dessa sua índole económico/patrimonial pela circunstância de se aplicarem a todos os casamentos e serem imperativas. De resto, os outros valores ínsitos às normas de regime matrimonial primário — defesa dos credores, por exemplo, no caso de uma dívida conjugal comunicável — são comuns a regras de conteúdo semelhante mas restritas, na sua aplicação, a um regime de bens em concreto. Se assim é, vistas as coisas de um outro ângulo, o que as diferencia são, precisamente, os caracteres próprios do regime de bens que não admitirá, por exemplo na comunhão de adquiridos, a comunicabilidade da dívida contraída antes do casamento em proveito comum do casal precisamente porque antes do casamento os bens são próprios e assim permanecerão; mas já será justificada a ilegiti-

midade da alienação de bens próprios nesse regime uma vez que os frutos destes são comuns, o que já não acontece na separação de bens. Ora esta, digamos, adaptação aos regimes de bens em concreto não retira às ilegalidades conjugais ou à comunicabilidade de dívidas, em geral, a sua *ratio* predominante: normas que definem o estatuto patrimonial do casamento, o organizam — porque todas elas o fazem! —, ao mesmo tempo que defendem interesses dos credores e fomentam, de alguma forma, o acesso ao crédito pelos cônjuges. Desta forma, do ponto de vista conflitual, não repugnava a existência de uma só regra de conflitos que determinasse uma única lei competente para regular, em geral, o estatuto patrimonial do casamento.

Como nada obstava à aceitação, nessa regra de conflitos única, da autonomia conflitual, cuja “irresistível extensão”, para roubar a expressão a Von Overbeck, era já pacífica em matérias bem mais sensíveis como o divórcio e a sucessão por morte.

E as vantagens da autonomia conflitual são bem conhecidas: segurança jurídica, defesa das expectativas das partes, respeito pela sua autonomia negocial, previsibilidade, harmonização dos estatutos, adaptação às concretas condições de localização da questão jurídica.

VII. Essa regra de conflitos única que enunciava no seu conceito-quadro “efeitos patrimoniais do casamento” determinaria como lei aplicável a lei escolhida pelas partes de entre a lei da nacionalidade de qualquer um dos cônjuges, a lei da residência habitual de um deles e ainda a *lex rei sitae* para os imóveis.

A autonomia conflitual assim consagrada deveria ser exercida a todo o tempo, antes ou depois da celebração do matrimónio. No caso de se optar pela sua eficácia *ex tunc* seria imperioso um sistema de protecção de terceiros de boa fé, à semelhança do que está previsto pelo DIP suíço e alemão, que podem legitimamente ignorar a escolha de lei efectuada.

Sobre a mudança de regime de bens ao nível material, seria a lei para a qual se transitava quem deveria avaliar da sua admissibilidade e condições, uma vez que será a lei a aplicar, e aquela que foi pensada e querida pelos cônjuges que conhecerão os requisitos quer ela impõe quanto à mudança dos regimes de bens — último objectivo visado por eles com projectada mudança de lei.

Na falta de escolha de lei pelos cônjuges, e uma vez que se lhes permitia utilizar esse mecanismo corrector através do qual podem sempre adaptar o estatuto económico do seu casamento às actuais circunstâncias

da sua vida conjugal, poder-se-ia manter como conexões supletivas as constantes do art. 52.º do CC: a lei da nacionalidade comum é, mesmo para os defensores da aplicação da lei da residência habitual, a lei mais próxima da vida familiar e a mais estável.

Por fim, e na eventualidade de o futuro Regulamento sobre a lei aplicável aos regimes matrimoniais excluir a matéria do regime primário, o que pensamos errado, dever-se-ia, para não prejudicar as vantagens de uma regra de conflitos única, adoptar-se uma regra de conflitos que contivesse uma estatuição semelhante à solução do direito comunitário.”

Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 15 de Outubro de 2010