

DIVULGAÇÃO DE PARECER DO CONSELHO CONSULTIVO

N.º 1/ CC /2019

N/Referência: **C.C. 114/2018 STJSR-CC** Data de homologação: 01-03-2019

Consulente: **Serviços Jurídicos**

Assunto: **Regulamento Europeu (UE) 2016/1103, de 24 de junho – apreciação geral e algumas questões de registo civil.**

Palavras-chave: regime de bens; regimes matrimoniais; lei aplicável; Regulamento Europeu.

Parecer

Questões jurídicas

1. De acordo com a ata da reunião de conservadores realizada em Coimbra no dia 9 de novembro de 2018, um dos pontos especialmente analisados na dita reunião foi o Capítulo III do Regulamento (UE) 2016/1103, de 24 de junho de 2016, o qual suscitou as seguintes questões jurídicas atinentes ao registo civil:

a) O acordo sobre a escolha da lei aplicável *pode constar da convenção antenupcial*, considerada como convenção atípica, ou deverá ser *efetuado por auto perante o conservador*, seguindo o formalismo da convenção antenupcial, porém, com as assinaturas dos cônjuges?

b) Cabe ao conservador averiguar da validade formal do acordo apresentado para a organização do processo de casamento e, designadamente, apurar se a lei do Estado-Membro no qual ambos os nubentes tinham a sua residência habitual à data da celebração do acordo prevê requisitos suplementares para convenções nupciais?

c) No caso de haver escolha da lei aplicável ao regime matrimonial, deverá fazer-se menção do facto no assento de casamento?

d) Na ausência de acordo de escolha de lei, tendo um dos nubentes completado sessenta anos de idade, como articular a imperatividade do regime da separação de bens fixada no art. 1720.º/1/b) do Código Civil com a aplicabilidade da lei da primeira residência habitual comum dos cônjuges depois da celebração do casamento prevista no art. 26.º/1/a) do Regulamento Europeu?

e) Como compatibilizar o princípio da imutabilidade do regime de bens previsto no art. 1714.º do Código Civil com a possibilidade de alteração da lei aplicável ao regime matrimonial na constância do casamento?

2. Ao conjunto de questões jurídicas, submetidas a apreciação deste Conselho Consultivo, juntou-se um pedido de esclarecimento, apresentado sob a forma de consulta pela Sra. Adjunta do Conservador do, que não versa sobre o conteúdo Regulamento Europeu (UE) 2016/1103, mas sobre a sua aplicabilidade direta no âmbito da atividade registal e a sua prevalência face às normas de conflitos contidas no Código Civil.

3. Posteriormente, foi integrada no presente processo a ata da reunião de conservadores realizada em Esposende, no dia 7 de dezembro de 2018, na qual são espelhadas as incidências do Regulamento em tabela na atividade registal, destacando-se as normas que introduzem alterações mais significativas no Direito de Conflitos aplicável ao regime matrimonial a partir da sua entrada em vigor e dando-se nota da relevância da mobilização deste instrumento legal no âmbito do Registo Civil.

Pronúncia

Do primado do direito da União Europeia

1. Por se tratar de matéria de índole mais genérica, começamos por analisar a questão colocada pela Sra. Adjunta do Conservador, que, essencialmente, pede confirmação sobre se os Regulamentos (UE) 2016/1103 e 2016/1104, de 24 de junho de 2016, relativos aos regimes matrimoniais e aos efeitos patrimoniais das parcerias registadas, respetivamente, assim como os demais Regulamentos Europeus com pertinência a atos e processos a realizar nos serviços de registo, são diretamente aplicáveis, quando existam elementos de *estraneidade* que o justifiquem, substituindo as normas de conflitos *puramente internas*.

1.1. Considerando que o que se pretende saber é, no fundo, se as normas constantes dos Regulamentos Europeus, enquanto parte integrante do direito ordinário da União Europeia, são vinculativas para o Estado Português e, ocorrendo essa vinculação, se tais normas têm ou não valor superior à lei ordinária interna, cumpre notar, desde logo, que Portugal, enquanto Estado membro da União Europeia, se encontra vinculado a garantir a plena aplicação do direito da União Europeia e que, de acordo com o art. 8.º/4 da Constituição da República Portuguesa, as disposições dos Tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União.

1.2. No que concerne ao relacionamento entre o direito da União Europeia e o direito interno português encontra-se, assim, consagrado um princípio do primado do direito da União que, do ponto de vista do Direito Internacional Privado (que é o tema em causa neste processo), nos habilita a formular uma *conclusão geral* de prevalência das normas de conflitos contidas nos Regulamentos (que, consabidamente, constituem atos gerais, de aplicabilidade direta e obrigatoriedade em todos os seus elementos, e que, segundo o art. 8.º/3 da Constituição, se incorporam

automaticamente no ordenamento jurídico português) ¹ sobre as normas de conflitos internas, colocando o conservador (enquanto aplicador do direito) na necessidade de aplicar o direito dos Regulamentos e deixar inaplicadas as regras internas.

1.3. Não obstante, como o próprio art. 8.º/4 Constituição da República Portuguesa se encarrega de sublinhar, é ao direito da União Europeia que cabe definir os termos da aplicação das normas jurídicas emanadas das suas instituições, pelo que a resposta sobre se um *concreto Regulamento* derroga ou prevalece sobre as disposições nacionais pertinentes ao âmbito material nele tratado, só poderá ser dada em face do que nele se dispuser quando ao seu âmbito subjetivo, podendo acontecer, realmente, que a qualidade de Estado-Membro, por si só, não outorgue a obrigação de aplicabilidade direta desse Regulamento.

1.4. Assim se verifica, por exemplo, com os Regulamentos (UE) 2016/1103 e 2016/1104, de 24 de junho de 2016, relativos aos regimes matrimoniais e aos efeitos patrimoniais das parcerias registadas, porquanto se trata de atos legislativos de *cooperação reforçada*, ou seja, de atos emanados nos termos dos arts. 326.º a 334.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que só vinculam os Estados-Membros participantes (art. 20.º/4 do Tratado da União Europeia), e não todos os Estados-Membros, e que, portanto, são obrigatórios em todos os seus elementos e imediatamente aplicáveis unicamente nos Estados-Membros que participam nessa cooperação reforçada, como é o caso de Portugal (cfr. Considerandos 11, 12 e 13 dos referidos Regulamentos).

1.5. É óbvio, de todo o modo, que, para além do nível de vinculação dos Estados-Membros, o direito estabelecido nos Regulamentos Europeus, como qualquer outra fonte de direito, está *historicamente situado* e, por isso, importará sempre distinguir os factos e ou as vicissitudes abrangidas por cada Regulamento, tanto do ponto de vista do seu âmbito material quanto do seu quadro temporal de aplicação.

Do Regulamento Europeu (UE) 2016/1103, de 24 de junho – considerações gerais²

2. Portugal integra, com a Bélgica, a Bulgária, a República Checa, a Alemanha, a Grécia, a Espanha, a França, a Croácia, a Itália, o Luxemburgo, Malta, os Países Baixos e Áustria, a Eslovénia, a Finlândia, a Suécia e Chipre, o grupo de países (por ora, 18 dos 28 Estados que formam a União Europeia) que instituíram entre si uma *cooperação reforçada*, que se acha implementada no Regulamento Europeu (UE) 2016/1103, de 24 de junho³, e que versa sobre os regimes matrimoniais dos *casais internacionais*, mais especificamente, sobre a competência, a lei aplicável e o reconhecimento e execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais (Considerando 11).

¹ Miguel Gorjão-Henriques, *Direito da União*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, pp.296/298.

² Nesta análise, seguimos de perto os ensinamentos de Helena Mota, “Os efeitos patrimoniais do casamento e das uniões de facto registadas no Direito Internacional Privado da União Europeia. Breve análise dos Regulamentos (UE) 2016/1103 e 2016/1104, de 24 de Junho”, Revista Eletrónica de Direito, Junho de 2017, n.º 2.

³ As normas e os Considerandos indicados no texto sem outra referência pertencem ao Regulamento Europeu (UE) 2016/1103, de 24 de junho, sob apreciação.

2.1. Estando em causa um ato de cooperação reforçada, que agrupa disposições unificadas sobre a competência judiciária, a lei aplicável, o reconhecimento, ou a aceitação, e a executoriedade, ou execução, das decisões, dos atos autênticos e das transações judiciais relativos aos regimes matrimoniais, cuja aplicabilidade direta se impõe aos Estados participantes, sendo Portugal um desses Estados, será redundante afirmar que os conservadores, enquanto órgãos nacionais de aplicação do direito internacional privado, estão, naturalmente, vinculados a mobilizar as regras dele constante, quando estejam diante de uma situação jurídica que se situe dentro do seu âmbito material e temporal de aplicação.

2.2. Por outro lado, tratando-se de um instrumento de Direito Internacional Privado, a sua aplicabilidade só assumirá pertinência no contexto dos regimes matrimoniais com *incidência transfronteiriça* (Considerando 14), vale dizer, quando estiverem em causa relações jurídicas, de um certo conteúdo, *que não se comportem nas fronteiras de um único Estado e entrem em contacto, através dos seus elementos, com diferentes sistemas de direito*, apresentando-se, assim, como relações “plurilocalizadas”; como *relações que encerram na sua estrutura elementos estrangeiros, e tais elementos são outros tantos pontos de contacto ou outras tantas conexões com sistemas de direito diferentes*⁴.

2.2.1. Naturalmente, quando esteja em causa uma *situação puramente interna* (uma situação que se encontre em contacto com um único sistema jurídico) não se coloca, à partida, qualquer questão de determinação da lei aplicável e, como tal, não cabe a mobilização do Regulamento, senão do *direito material interno* competente para regular os diversos aspetos ou dimensões da relação jurídica a estabelecer (entre os futuros cônjuges) ou já estabelecida (entre os cônjuges).

2.2.2. Contudo, interessa ter presente que o mesmo matrimónio, sem elementos de estraneidade, poderá, mais tarde, volver-se numa *situação transfronteiriça*, bastando para tanto que se verifique uma *mudança* de residência ou de nacionalidade que seja de molde a “internacionalizar” a relação conjugal, colocando-a em contacto com duas ou mais leis e, demandando, com isso, a mobilização dos instrumentos de DIP e o esforço, não raras vezes complexo, moroso e financeiramente pesado, de determinação da lei aplicável.

2.2.3. Foram precisamente a circulação de pessoas e bens *dentro e para dentro* do Espaço Europeu (ou, na perspetiva do DIP, a alteração, cada vez mais frequente e facilitada, dos *elementos de conexão*) e a ponderação dos custos associados à multiplicidade de soluções conflituais e materiais apresentadas pelos diversos países em matéria de regimes matrimoniais que conduziram ao esforço de cooperação subjacente ao Regulamento (UE) 2016/1103, do qual destacamos (como pontos salientes para a economia do presente parecer) a consagração de um *princípio de autonomia da vontade na escolha da lei aplicável ao regime matrimonial*, a *unicidade do estatuto patrimonial do casamento* (agregando a regulação do *regime primário* e do regime de bens do casamento) e o propósito de garantir a segurança jurídica dos casais vinculados pelo casamento relativamente aos respetivos

⁴ A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado I*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 11/12.

bens, e de lhes oferecer alguma previsibilidade no que concerne ao regime matrimonial, através da inclusão, num único instrumento, do conjunto das regras aplicáveis aos regimes matrimoniais.

Do âmbito material do Regulamento

3. A firmeza deste propósito (devidamente proclamado no Considerando 15) não é, porém, suficiente para elucidar acerca do âmbito material do instrumento legislativo que o contém, pelo que uma das tarefas interpretativas mais relevantes será justamente a que radica em saber quais as matérias cobertas pelo Regulamento, o que se quer dizer com “regime matrimonial” e quais as dimensões envolvidas neste conceito.

3.1. Para o efeito, há que atentar então no enunciado do Considerando 18, que faz incluir no âmbito do Regulamento todos os aspetos de direito civil dos regimes matrimoniais, respeitantes à gestão quotidiana dos bens dos cônjuges e à liquidação desses bens decorrente da separação do casal ou da morte de um dos seus membros; nos Considerandos 19, 20, 21, 22, 23, 27 e 28, que dão conta de algumas das matérias que ficam excluídas desse âmbito; mas também no art. 1.º do Regulamento, que delimita, positiva e negativamente, o âmbito de aplicação do Regulamento, replicando o que essencial se acentua naqueles Considerandos.

3.2. O art. 3.º do Regulamento (dedicado às definições) diz-nos o que deve entender-se por “regime matrimonial”, qualificando-o como o conjunto de normas relativas às relações patrimoniais dos cônjuges e às suas relações com terceiros, em resultado do casamento ou da sua dissolução, pelo que o rigor terminológico impõe que não se confunda “regime matrimonial” com regime de bens do casamento”, posto que este é apenas uma fração daquele.

3.3. Com efeito, uma compreensão mais fina da noção de “regime matrimonial” não dispensa uma leitura integrada do art. 3.º e do Considerando 18, a qual servirá, desde logo, para esclarecer que não são apenas as questões relacionadas com o regime de bens do casamento que ficam abrangidas pelo espectro de atuação do Regulamento, mas são, igualmente, questões pertinentes ao “regime matrimonial primário”, ou seja, *questões cuja solução não é posta na dependência do particular regime de bens (legal ou convencional) do casamento, mas antes vale de igual modo para todas as uniões matrimoniais*⁵.

3.4. Como sublinha Helena Mota⁶, uma das valias do Regulamento é justamente a de fomentar a aplicação da mesma solução conflitual a todos os aspetos patrimoniais do casamento, evitando a fragmentação ou *depeçage* do estatuto patrimonial do casamento e, com isso, dificuldades de qualificação em DIP, como as que existiam quando se tratava de distinguir entre cada um dos contextos, o do regime de bens em sentido estrito e o regime primário do casamento (no qual se incluem as regras relativas a *dívidas dos cônjuges, ilegitimidades conjugais e administração dos bens*), sem contar com os conflitos de qualificação e com a natureza mista, simultaneamente institucional e contratual, que o regime de bens apresenta para efeitos de conflitos de leis⁷.

⁵ João Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª ed. at., Almedina, Coimbra, 2002, p. 405, em especial n. (1).

⁶ “Os efeitos patrimoniais...”, cit., pp.11/12.

⁷ João Baptista Machado, *Lições...cit.*, p. 406.

3.5. Também o art. 27.º, com o elenco exemplificativo de questões que cabem no âmbito da lei aplicável, constitui um auxílio significativo, quando esteja em causa uma densificação mais fina do conceito de “regime matrimonial”, permitindo resolver, entre outras, a questão de saber qual a lei competente para determinar a validade material de uma convenção nupcial ou para definir os poderes, direitos e obrigações de qualquer um ou de ambos os cônjuges em relação aos bens e, dessa forma, os aspetos relacionados com as ilegitimidades conjugais.

3.6. Sobre o esforço unificador deste Regulamento (particularmente acentuado no Considerando 43) e as dificuldades de qualificação que nele se resolvem, vale ainda salientar o facto de se deixar de fora do Regulamento a *sucessão por morte do cônjuge* (art. 1.º/2/d), a qual fica remetida para o Regulamento (UE) n.º 650/2012 (Considerando 22), sem prejuízo das regras atinentes à competência vertidas nos arts. 4.º e 13.º, mas já não se excluir a questão das *liberalidades entre os cônjuges*, permitindo formular o entendimento, reforçado pelo elemento histórico⁸, de que as mesmas se encontram abrangidas pelo Regulamento⁹.

3.7. Também é importante dizer que o Regulamento não se ocupa das *questões registais*, sejam as que se relacionem com o registo dos bens móveis ou imóveis dos cônjuges ou dos membros do casal e com o nível de eficácia desses registos, sejam as que possam respeitar a uma eventual publicidade dos atos que versem sobre o regime matrimonial (acordo sobre a escolha da lei aplicável ou convenção nupcial), salvo quando esta publicidade se traduza em requisito formal destes atos e deva, nessa estrita medida, ser considerada no contexto de aplicação do Regulamento¹⁰.

Da interpretação do Regulamento

4. Não obstante alguma densificação e delimitação do âmbito e dos conceitos do Regulamento, o conservador terá, naturalmente, de contar com dificuldades de interpretação que só a aplicação prática deste instrumento permitirá concretizar, pelo que se afigura indispensável notar, como ponto prévio, que a exegese se deve fazer por recurso a uma *interpretação autónoma* (salvo quando haja remissão para o direito nacional), dado que só assim se logrará uma aplicação uniforme das regras do Regulamento nos diversos Estados-Membros participantes e a coerência do sistema normativo nele contido.

4.1. É este escopo de *unificação das soluções* que, em geral, domina o critério interpretativo do direito da União, bem como dos seus elementos (literal, sistemático, histórico, teleológico e comparativo)¹¹, servindo o

⁸ Cfr. a proposta de Regulamento, de 16 de março de 2011, disponível em [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2011\)0126_/com_com\(2011\)0126_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0126_/com_com(2011)0126_pt.pdf), que expressamente excluía, no Capítulo I, relativo ao âmbito de aplicação do Regulamento e definições, as questões relativas à validade e efeitos das liberalidades.

⁹ Neste sentido, Helena Mota, “Os efeitos patrimoniais...” cit., p.11.

¹⁰ Retomaremos este ponto quando analisarmos as questões relativas à escolha da lei aplicável ao regime matrimonial

¹¹ Sobre o problema da interpretação do direito da União, cfr. Geraldo Rocha Ribeiro, “A europeização do direito internacional privado e direito processual internacional: algumas notas sobre o problema da interpretação do âmbito objectivo dos regulamentos comunitários”, Revista JULGAR, n.º 23, 2014.

Considerando 18 para ilustrar que assim é também, em geral, no presente Regulamento, quando expressamente se refere que o termo “regime matrimonial” deverá ser interpretado de forma autónoma e se esclarece, desde logo, algumas das dúvidas interpretativas em torno do apuramento do dito conceito.

4.2. A propósito da interpretação do Regulamento, outra dificuldade poderá ser a de concretização do conceito de Estado-Membro, uma vez que se trata de um instrumento de cooperação reforçada, que, como já vimos, não vincula os Estados-Membros *não participantes*; que omite a definição de “Estado-Membro” ou de “Estado-Membro participante”; mas que mobiliza várias vezes o conceito de “Estado-Membro”, inculcando a dúvida sobre se a referência vale para qualquer Estado-Membro (dos 28 Estados que integram a União Europeia) ou se limita aos Estados-Membros participantes (até agora, os 18 países indicados no Considerando 11)¹².

4.3. Pese embora tratar-se de um problema com menor relevância no Capítulo III (relativo à lei aplicável), não deixam de se suscitar questões sobre se a referência a Estado-Membros valerá para todos os Estados-Membros ou apenas para os Estados-Membros participantes, mesmo nessa zona de regulamentação (que, em princípio, será a mais presente na atividade registal), designadamente a propósito do disposto nos arts. 23.º e 25.º do Regulamento¹³.

Do âmbito temporal do Regulamento

5. A encerrar as considerações gerais sobre o Regulamento, fazemos a necessária menção às normas de direito transitório ínsitas nos arts. 69.º e 70.º, salientando a necessidade de *aplicação da lei no tempo* que acompanha qualquer sucessão legislativa, e que também neste domínio se impõe, sobretudo quando se trate de apurar qual o Direito de Conflitos a mobilizar; se o que consta no direito interno ou aquele que está estabelecido no Regulamento.

5.1. Convém, assim, notar que o Regulamento é aplicável *a partir* de 29 de janeiro de 2019, com as ressalvas indicadas no art. 70.º, e que, relativamente às disposições que concernem à “Lei Aplicável” (art. 69.º/3), as mesmas só se aplicam aos cônjuges casados ou que tenham designado a lei aplicável ao respetivo regime matrimonial *após* 29 de janeiro de 2019 (isto é, *depois* desta data).

5.2. Vale isto por dizer que, neste segmento (Lei Aplicável) e relativamente às situações transfronteiriças excluídas do quadro temporal indicado no art. 69.º/3 do Regulamento, continua a ser aplicável o Direito de Conflitos de fonte interna, ou seja, as normas de conflitos contidas nos arts. 52.º a 54.º do Código Civil, porém, sem esquecer que a aplicabilidade destas normas pode perder pertinência em face da escolha da lei aplicável que seja feita pelos cônjuges na constância do casamento, ao abrigo do disposto no art. 22.º do Regulamento, desde que tal escolha ocorra depois de 29 de janeiro de 2019 (cfr. as disposições conjugadas dos arts. 22.º e 69.º/3 do Regulamento).

¹² Sobre este ponto, João Gomes de Almeida, “*Breves considerações sobre o conceito de Estado-Membro nos Regulamentos em matéria de regimes matrimoniais e de efeitos patrimoniais das parcerias registadas*”, Revista do CEJ, 2016-II, Almedina, Coimbra.

¹³ Voltaremos a este ponto adiante, quando analisarmos as questões relativas à escolha da lei aplicável ao regime matrimonial.

Escolha da lei aplicável

6. Como atrás referimos, o objeto da consulta centra-se no Capítulo III do Regulamento, por ser esse o núcleo de disposições que suscitará dúvidas mais imediatas e por ser, outrossim, o que pede mais análise conjugada com as regras do registo civil.

6.1. E, aqui, a primeira nota de relevo é, sem dúvida, a valorização do *princípio da autonomia da vontade*, enquanto liberdade de escolha da lei aplicável, cuja extensão ao domínio do regime matrimonial se alicerça nas mesmas razões de certeza, segurança e previsibilidade da lei aplicável que a justificavam no plano das obrigações negociais, embora com a contenção que o interesse público e a proteção de terceiros recomendam¹⁴.

6.1.1. Estabelece-se, assim, no art. 22.º/1 do Regulamento, a possibilidade de os futuros cônjuges (*antes do casamento*) ou os cônjuges (*constância do casamento*) acordarem em *designar* ou em *alterar* a lei aplicável ao regime matrimonial, podendo a opção fazer-se entre a lei do Estado da residência habitual dos interessados, ou de um deles, *no momento* em que for concluído o acordo ou a lei de *um* Estado da nacionalidade de qualquer deles no *momento* da conclusão do acordo.

6.1.2. Esta passagem do Regulamento é suficiente para concluir que a *professio iuris* (ou convenção sobre o Direito aplicável) não é absoluta, uma vez que apenas pode recair sobre a lei da residência habitual ou a lei da nacionalidade (ou de uma das nacionalidades), verificando-se, relativamente a ambos os elementos (*nacionalidade e residência habitual*), uma determinação legal do momento relevante da conexão (*momento da conclusão do acordo*) que evita sucessões de estatuto motivadas pela falta de imobilização deste elemento¹⁵.

6.2. Naturalmente, tem-se em vista uma liberdade (limitada) de *referência conflitual*, ou seja, de designação da lei aplicável ou da ordem jurídica que vai regular o regime matrimonial, que não deverá confundir-se com a faculdade,

¹⁴ Sobre o princípio da autonomia conflitual e a sua extensão para além das obrigações negociais, Afonso Patrão, *Autonomia conflitual na hipoteca e reforço da cooperação internacional: Removendo obstáculos ao mercado europeu de garantias imobiliárias*, Livros Horizonte, Lisboa, 2017, pp.530 e ss.

¹⁵ Também aqui se colocam problemas de interpretação dos conceitos já sinalizados a propósito de outros instrumentos legislativos, nomeadamente do conceito de “residência habitual”, que, consabidamente, constitui um conceito indeterminado e que reclamará um apuramento fático, pelo menos, do caráter de estabilidade e permanência da residência num determinado Estado e das razões dessa permanência, que nem sempre se afigura isento de dificuldades.

De todo o modo, parece que aqui, como nos demais Regulamentos em que o conceito de “residência habitual” não se acha definido pelo legislador, caberá igualmente uma *interpretação autónoma*, que há de ter simultaneamente em conta os termos das normas onde o mesmo é convocado, o seu contexto e as suas finalidades. Cfr., entre outros, Acórdão do TJUE, de 2 de abril de 2009 (*Processo C-523/07*), Considerando n.º 34.

por vezes atribuída às partes, de regularem diretamente o seu regime matrimonial através da incorporação de normas materiais de um Direito estrangeiro.

6.3. Outra distinção é a que deverá ser feita entre a *obligatoriedade* do Regulamento, que, como já vimos, só vincula os Estados-Membros participantes e, por isso, só constitui fonte de Direito Internacional Privado nos Estados-Membros que instituíram ou aderiram à cooperação reforçada, nos termos previstos no art. 328.º do TFUE, e a dimensão de *universalidade* e de *unicidade* da lei aplicável às matérias nele abrangidas, permitindo que a lei designada pelo Regulamento para regular o regime matrimonial (a escolhida pelas partes, ao abrigo do disposto no art. 22.º, ou a que é aplicável na ausência de escolha das partes, segundo o art. 26.º) possa ser a de outro Estado-Membro (*não participante*) ou a de um Estado terceiro (art. 20.º), e que tal lei valha para o regime matrimonial no seu todo, independentemente da natureza dos bens e independentemente de estes se encontrarem situados noutra Estado-Membro ou num Estado terceiro.

6.3.1. O mesmo é dizer que, diante de uma relação conjugal internacional constituída na vigência do Regulamento, ou de uma escolha de lei aplicável efetuada dentro do mesmo quadro temporal, o conservador, enquanto órgão nacional de aplicação do Direito, deverá socorrer-se das soluções conflituais que constam do Regulamento, por ser essa a fonte de DIP que vincula Portugal, na qualidade de Estado-Membro participante, e que é diretamente aplicável, mesmo que os cônjuges sejam nacionais de Estados-Membros *não participantes* ou de Estados *terceiros*, ou tenham residência habitual num destes Estados, e ainda que a lei escolhida (art. 22.º) ou supletivamente aplicável (art. 26.º) pertença a um Estado-Membro não participante ou a um Estado terceiro.

6.3.2. Admitir que a escolha da lei aplicável, ou a lei aplicável na ausência de escolha das partes, pertença a um Estado-Membro não participante ou, mais drasticamente, a um Estado terceiro, não é, todavia, admitir a designação de uma *lei exótica*, porquanto se estabelece, em qualquer caso (no art. 22.º, relativo à escolha da lei aplicável, e no art. 26.º, relativo à lei supletiva), um conjunto de elementos de conexão que precisamente se encarregam de assegurar uma *ligação*, de natureza pessoal, entre a dita lei e a relação jurídica em causa ou os respetivos sujeitos (cfr. Considerandos 45 e 49).

Do acordo de escolha da lei aplicável

7. Sobre o acordo de escolha da lei aplicável propriamente dito, a primeira questão que vemos resolvida pelo Regulamento é a que respeita à forma e às formalidades de que a declaração das partes deve estar revestida, estabelecendo-se, como requisitos mínimos de validade formal, que o acordo seja reduzido a escrito (*forma escrita*) e que se encontre datado e assinado por ambos os cônjuges (art. 23.º/1).

7.1. Neste segmento, não há, assim, um “direito de conexão”, que remeta para um dado sistema jurídico, mas a formulação de uma norma do DIP *material*, que, quanto a este ponto concreto (*forma mínima*) dispensa o método conflitual, embora também se exija, de seguida, o cumprimento de *requisitos formais suplementares* estabelecidos para as convenções nupciais pela lei do Estado-Membro no qual ambos os cônjuges tenham a sua residência habitual no momento da celebração do acordo.

7.1.1. Se apenas um dos cônjuges residir habitualmente num Estado-Membro e a lei desse Estado prever requisitos formais suplementares para as convenções nupciais, a validade do acordo dependerá do cumprimento de tais requisitos, mas, se os cônjuges tiverem residência habitual em Estados-Membros diferentes, que prevejam requisitos formais diferentes para as convenções nupciais, será bastante o cumprimento dos requisitos formais fixados por uma dessas leis¹⁶.

7.1.2. Há que notar bem, em qualquer caso, que não serão atendíveis os requisitos formais previstos para as convenções nupciais pela lei do Estado-Membro da residência habitual dos cônjuges, ou de um deles, que fiquem aquém dos requisitos de forma fixados no art. 23.º/1, os quais, segundo o Considerando 47, constituem a *forma mínima* que o acordo de escolha da lei aplicável pode revestir.

7.2. Em face do estatuído no art. 23.º do Regulamento, é evidente que o vínculo da residência habitual dos cônjuges não assume relevância, para efeitos de validade formal do acordo, quando o mesmo se estabeleça com um Estado terceiro, porém, a fórmula legal não deixa de colocar dúvidas quanto ao seu alcance, posto não permitir concluir, sem mais, se os requisitos suplementares de forma impostos pela lei material do “Estado-Membro da residência habitual” só deverão ser atendidos quando se trate de um *Estado-Membro participante* da cooperação reforçada, ou se a referência vale para *qualquer Estado-Membro*, independentemente da sua qualidade de não participante, desde que os ambos os cônjuges ou um deles tenha aí a sua residência habitual.

7.2.1. Quanto a este ponto, cremos que não custa alinhar com o entendimento proposto por João Gomes de Almeida¹⁷, no sentido de que o conceito de Estado-Membro posto no art. 23.º (assim como no art. 25.º, relativo à validade formal de uma convenção antenupcial) respeita aos *Estados-Membros participantes*, por ser essa a interpretação que menor desvantagem acarreta para os objetivos de segurança jurídica e de previsibilidade que guiam o Regulamento e também, a nosso ver, por ser a que melhor combina com a obrigação de comunicação de informação pertinente à aplicação prática do Regulamento, a qual parece circunscrita aos Estados-Membros participantes (Considerando 67 e art. 63.º).

7.3. Ainda a propósito dos requisitos suplementares a que aludem os arts. 23.º e 25.º do Regulamento, parece que se pretende acautelar as formalidades relativas à “forma do ato” ou ao modo da sua celebração, tendo em vista assegurar que os cônjuges tenham consciência das consequências da sua escolha, pelo que, em princípio, não relevarão para este efeito as formalidades posteriores ao ato (*convenção nupcial*), que visem a sua eficácia em face de terceiros, como sucede com a inscrição no registo civil.

¹⁶ É de notar, para efeitos de concretização dos conceitos utilizados no art. 23.º/2, que a referência é feita à residência habitual das partes (ainda que no mesmo Estado-Membro), e não à “residência habitual comum” (que implica o preenchimento de outros requisitos). Embora, em termos práticos, a distinção não acarrete consequências, dado que basta a residência habitual de uma das partes num Estado-Membro para que se exija o cumprimento dos requisitos formais suplementares que a lei desse Estado imponha em matéria de convenção nupcial, afigura-se que a distinção conceitual habilitará a um enquadramento legal mais rigoroso.

¹⁷ “Breves considerações...” cit., pp.173/176.

7.4. Não obstante o acordo sobre a escolha da lei aplicável ser, inequivocamente, um *acordo formal*, dado que o art. 23.º se encarrega de subordinar a sua validade à observância de determinados requisitos formais mínimos e suplementares, pode sobrar a dúvida sobre se, para efeitos do Regulamento, a “*declaração formal*” significa “*declaração expressa*” ou se, ao invés, poderá ser admitido um acordo sobre a escolha da lei aplicável tácito ou implícito, que, por exemplo, se manifeste através da *referência ao regime de bens de uma das leis indicadas no art. 22.º feita no âmbito de uma convenção nupcial formal e materialmente válida* (facto concludente, ou facto de que a vontade se deduz, em relação ao qual tenha sido observada a forma legal).

7.4.1. À primeira vista, não custa alinhar com o entendimento de que o acordo de escolha de lei deverá ser expresso¹⁸, porquanto é essa modalidade de declaração, ou esse *modo direto* de manifestação da vontade, que melhor reflete o consentimento inequívoco e esclarecido das partes e o critério de segurança jurídica exigidos nos Considerandos 46 e 47, embora não se exija que esse acordo ou manifestação expressa de vontade conste de um suporte autónomo ou privativo, ou, dito de outra forma, não se rejeite a possibilidade de o acordo ser vertido em convenção nupcial, formal e materialmente válida à luz do preceituado nos arts. 25.º e 27.º/g) do Regulamento.

7.4.2. Naturalmente, não deixam de impressionar os argumentos que vão sendo esgrimidos em torno da admissibilidade da declaração tácita e que, encontrando conforto na interpretação, *a contrario*, do elemento literal do Considerando 46, e do próprio art. 23.º (que não se manifesta quanto à modalidade da declaração), essencialmente, assentam na distinção entre declaração tácita, declaração presumida e vontade hipotética.

7.4.3. De todo o modo, enquanto não sobrevier interpretação do TJUE, afigura-se mais apegada aos objetivos de segurança jurídica que informam o Regulamento uma leitura dos termos do art. 22.º /1 no sentido de a vontade real das partes ser retirada de uma referência expressa, ao invés de ser inferida de um conjunto de circunstâncias ou de factos concludentes.

7.5. Em matéria de forma está igualmente previsto, no art. 23.º/1, que qualquer comunicação por via eletrónica que permita um registo duradouro do acordo é considerada equivalente à forma escrita¹⁹, alinhando-se, assim, as exigências de forma com o uso cada vez mais frequente das tecnologias da informação e da comunicação no âmbito das relações jurídicas. Contudo, nada se acrescenta a propósito da autoria da comunicação eletrónica ou da sua assinatura.

7.5.1. Supondo-se que a norma material de DIP ínsita no art. 23.º/1 pretendeu ser esgotante e, afastar, com isso, o método conflitual, designadamente de modo a garantir os objetivos de uniformidade, previsibilidade e segurança jurídica subjacentes ao Regulamento, podemos equacionar, como linha de argumentação, que não se diz nada sobre a assinatura porque se deve assumir que a *transmissão* por via eletrónica equivale a *subscrição* e que, portanto, é bastante para prova da autoria.

¹⁸ Cfr. Helena Mota, “Os efeitos patrimoniais...” cit., p.19, em especial n. 34).

¹⁹ Verifica-se, neste ponto, uma redação semelhante à que foi utilizada no art. 7.º do Regulamento (UE) n.º 1259/2010, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial (Roma III).

7.5.2. Contudo, para nós, será, talvez, mais consistente entender que os requisitos formais mínimos estabelecidos no art. 23.º/1 são constituídos pela forma escrita (modo de revelação da vontade), pela data (elemento essencial para a determinação do elemento de conexão a que se referem o art. 22.º e as restantes normas do art. 23.º) e pela assinatura (prova da autoria do ato); que a assinatura das partes é um elemento substanciador do consentimento das partes (Considerando 47); que, de acordo com o aludido preceito legal, a comunicação eletrónica apenas equivale e substitui a forma escrita (desde que permita um registo duradouro do acordo, como é o caso de um *e-mail*); e que, portanto, a comunicação eletrónica, com estas características, dispensa a redução do acordo a escrito em suporte de papel, mas não os demais requisitos, designadamente a assinatura eletrónica das partes, com a observância, a este respeito, das normas europeias sobre a matéria, designadamente do disposto no Regulamento (UE) n.º 910/2014, de 23 de julho de 2014²⁰.

8. Relativamente à aceitação e validade material do acordo, o art. 24.º do Regulamento delega a sua determinação na lei escolhida pelas partes (*lex voluntatis*), sendo esta norma a decidir sobre questões que, por exemplo, estejam relacionadas com a vontade real das partes, o comportamento declarativo ou quaisquer divergências que possam existir entre estes dois elementos (vontade e declaração).

Âmbito da lei aplicável

9. Como já vimos, o art. 27.º descreve algumas das matérias que se inserem no regime matrimonial e às quais se deve aplicar a lei escolhida pelas partes (art. 22.º) ou a lei que se manda aplicar na ausência de escolha das partes (art. 26.º), sendo que nessa descrição se integram as questões relativas ao regime matrimonial primário, como as que respeitam às ilegitimidades conjugais, mas também as que versam sobre o regime de bens (legal ou convencional) do casamento, patenteando-se, nesta norma, o âmbito unificador do Regulamento a que já fizemos referência .

9.1. Ainda assim, apesar da abrangência da lei aplicável ao regime matrimonial visada pelo Regulamento, não deixamos de encontrar, neste suporte normativo, uma ressalva de ordem pública, que faculta o afastamento de disposições da lei aplicável que se mostrem manifestamente incompatíveis com a ordem pública do foro (art. 31.º), e uma salvaguarda do interesse público, permitindo a aplicação de exceções baseadas em disposições imperativas da lei do foro²¹, designadamente das que respeitem à proteção da casa de morada de família (art. 30.º), porém, com a contenção interpretativa necessária à preservação dos objetivos gerais do Regulamento (Considerando 53).

²⁰ Cfr. a este propósito, Cristina Grieco, *Il ruolo dell'autonomia della volontà nei Regolamenti sui rapporti patrimoniali tra coniugi e sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate*, disponível em <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4384/2940>, em especial, p. 467, notas 47 a 49, e p.474.

²¹ Sobre a noção de lei do foro enquanto lei que preside ao funcionamento do órgão de aplicação do direito, que pode ser, não só o tribunal, mas também o funcionário do registo, o notário ou até as partes num contrato, cfr. Isabel de Magalhães Collaço, *Direito Internacional Privado*, vol. I, Lisboa, 1958, p. 11.

9.2. Uma dessas exceções poderá traduzir-se na aplicação do art. 1682.º-A/2 do CC, quando a casa de morada de família se localize em Portugal²², elegendo-se a falta de consentimento do cônjuge não proprietário para a alienação do imóvel como causa de ilegitimidade conjugal, malgrado seja outra, que não a lei do foro, a lei aplicável em matéria de regime matrimonial e, por consequência, aquela que, em regra, haveria de ser mobilizada para resolver esta dimensão (ilegitimidades conjugais) do estatuto patrimonial dos cônjuges²³.

9.3. A propósito das disposições imperativas a que se refere o art. 30.º, temos visto colocada a questão de saber se a norma contida no art. 1720.º/1/b) do CC está nestas condições e se, portanto, a mesma poderá ser configurada como uma das exceções toleradas pelo Regulamento que nos permita pois considerar o *regime imperativo de separação de bens* para todos os casamentos celebrados por quem tenha completado sessenta anos de idade e substituir, assim, a lei aplicável ao regime matrimonial pela *lei do foro* na regulação do regime de bens do casamento nestas circunstâncias.

9.3.1. Embora se trate aqui de matéria muito sensível, temos de adiantar que, para nós, se afigura muito difícil extrair do art. 1720.º/1/b) do CC um peso de interesse público que justifique afastar uma parcela tão significativa do regime matrimonial (como é a que respeita ao regime de bens do casamento) do raio de ação da lei aplicável à luz do Direito de Conflitos instituído pelo Regulamento.

9.3.2. A mais de, no Considerando 53 e no art. 30.º, se demandar expressamente uma constrição na interpretação e na mobilização das exceções, de forma a não comprometer o objetivo geral do Regulamento, exige-se, nos mesmos preceitos normativos, um acantonamento num interesse público relevante, designadamente fundado em razões de proteção da organização política, social ou económica do Estado-Membro, e, por isso, uma delimitação precisa dos valores jurídico-materiais em causa e da finalidade de natureza pública que permitem sobrepor a norma interna ao sistema de conflitos contido no Regulamento.

9.3.3. Sucede que os interesses que vemos acautelados na situação de imposição do regime da separação de bens descrita no art. 1720.º/1/b) do CC, não são, ao menos primacialmente, interesses públicos, mas um intuito

²² Marques dos Santos, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado - Esboço de Uma Teoria Geral*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1991, pp.886/897, parece considerar que a regra do artigo 1682.º-A/2 do CC tem a qualidade de *norma de aplicação imediata*, ou seja, de norma espacialmente autolimitada, que é independente e autónoma em face do sistema geral de regras de conflitos de leis, porque é ela própria que fixa e determina a sua especial conexão espacial, que, no caso, é a localização da casa de morada da família em Portugal. No dizer do autor, a aludida norma tem essa qualidade de norma de aplicação imediata, não só por razões de defesa da família (porque tem na sua base uma certa conceção do casamento, fundada na independência e na solidariedade dos cônjuges, e na prevenção do «egoísmo conjugal»), mas também porque leva implicada uma ponderação relativa à situação de carência em matéria de habitação. Onde, a sua conexão espacial específica (localização da casa de morada de família em território português) implica necessariamente a sua aplicação, mesmo quando a lei (estrangeira) convocada pela norma de conflitos não conheça uma regra material idêntica, dando-se, assim, uma extensão do domínio de aplicação no espaço da lei do foro.

²³ Cfr., neste sentido, Helena Mota, *“Algumas considerações sobre a autonomia da vontade conflitual em matéria de efeitos patrimoniais do casamento”*, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 306, n. 1.

de evitar a realização de casamento por ostensivo interesse económico ou como puro *modo de adquirir*²⁴, pelo que esta norma não parece ajustar-se aos requisitos restritivos e ponderosos que inspiram a possibilidade de aplicação de disposições imperativas da lei do foro prevista no Regulamento.

*Da sucessão de estatutos*²⁵

10. Outra das implicações da autonomia conflitual permitida pelo Regulamento que maior impacto pode ter na atividade dos serviços de registo é a que resulta da possibilidade conferida aos cônjuges de alterar, por acordo, a lei aplicável ao regime matrimonial e, portanto, de um casamento realizado até 29 de janeiro de 2019 poder assumir pertinência para efeitos de aplicação material do dito Regulamento.

10.1. Com efeito, o art. 22.º é claro no sentido de o acordo sobre a lei aplicável ao regime matrimonial poder ser feito na *constância do casamento*, dando, com isso, lugar a uma *sucessão de estatutos* que, necessariamente, se reflete no regime de bens do casamento, no esquema relativo à gestão e disposição dos bens do casal ou de cada um dos seus membros, e, por consequência, na *situação jurídica* das pessoas e do seu património.

10.2. No que concerne ao regime de bens, e a todas as questões cuja solução era posta na dependência desse regime, não era assim anteriormente, à luz das normas de conflitos do direito interno, porquanto o elemento de conexão pessoal previsto no art. 53.º do CC era *fixo*, impedindo tal *sucessão de estatutos*, donde a modificação do regime de bens, legal ou convencional, não poderia operar por via da alteração da lei aplicável, como agora pode suceder, mas apenas com base no que o direito material da lei designada no art. 53.º autorizasse a esse respeito e desde que a lei designada no art. 52.º do mesmo Código a isso não se opusesse²⁶, ou noutra perspetiva doutrinária, com base no que a lei designada nos termos do art. 52.º fixasse a esse propósito²⁷, em qualquer caso, sem prejuízo do disposto no art. 54.º/2 do CC.

10.3. Agora, quer se trate de uma situação transfronteiriça *ab initio*, quer de uma situação puramente interna que se transmute em situação transfronteiriça pela superveniência de um elemento de estraneidade, a *sucessão de estatutos* pode verificar-se, não de forma automática ou por via da mobilidade dos elementos de conexão, mas com base na alteração da lei aplicável ao regime matrimonial acordada pelos cônjuges, desde que, obviamente, dentro do leque de possibilidades insito no art. 22.º; dentro no quadro de vigência previsto no art. 69.º/3; e segundo os parâmetros formais e materiais definidos nos arts. 23.º e 24.º.

10.3.1. Voltamos, por isso, a sublinhar que uma *situação puramente interna* (nubentes portuguesas, residentes em Portugal e sem património plurilocalizado ou disperso por vários Estados), ou seja, uma situação sem

²⁴ Neste sentido, Antunes Varela, *Direito da Família*, 1.º vol., 5.º ed., Livraria Petrony, Lisboa, 1999, pp. 425/427.

²⁵ Neste ponto, pomos a ênfase no regime de bens do casamento, que, como já sabemos, não se confunde nem esgota o conceito de regime matrimonial, apenas por serem as mutações nesse regime que implicações mais imediatas suscitam na atividade registal.

²⁶ Cfr. João Baptista Machado, *Lições...*, cit., pp. 408 a 413.

²⁷ Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, II, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, p.300.

quaisquer elementos de estraneidade, por isso, regulada pelo direito material português, sem intervenção do DIP, poderá volver-se numa *situação transfronteiriça* ou “plurilocalizada”, bastando para tanto que se verifique uma *mudança* de residência ou de nacionalidade que seja de molde a “internacionalizar” a relação conjugal, sendo que tal “internacionalização” poderá permitir aos cônjuges espoletar uma mutação no regime de bens do casamento e no estatuto patrimonial existente, por via do acordo de alteração de lei aplicável diversa da lei portuguesa (arts. 22.º e 69.º/3 do Regulamento).

10.3.2. Da mesma forma, relativamente a uma *situação transfronteiriça* constituída antes da entrada em vigor do Regulamento, regulada pela(s) lei(s) indicada(s) pelos arts. 52.º, quanto ao regime primário, e pelo art. 53.º, quanto ao regime de bens do casamento, poderá verificar-se uma *sucessão* do regime matrimonial (com o âmbito definido no Regulamento e, como tal, a abranger aquelas duas dimensões), mediante alteração da lei aplicável acordada pelos cônjuges, nas condições substantivas, formais e temporais atrás descritas.

10.4. Em qualquer caso, nada sendo estipulado em sentido contrário, o acordo de alteração da lei aplicável ao regime matrimonial só produzirá efeitos para o futuro (art. 22.º/2), e, mesmo que os cônjuges convencionem a retroatividade da dita alteração, a mesma não poderá ser de molde a afetar *negativamente* os direitos de terceiros (Considerando 46 e art. 22.º/3).

10.5. Sabendo-se que vigora, entre nós, o *princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens resultantes da lei* (art. 1714.º do CC) e que uma alteração da lei aplicável ao regime matrimonial acarreta necessariamente uma mudança automática de regime de bens do casamento, tem-se questionado se a *professio iuris* consentida pelo art. 22.º do Regulamento não se traduz, afinal, numa derrogação desse princípio, quando a *lei de que se muda* é a portuguesa.

10.5.1. Sobre este tema, interessa-nos começar por sublinhar que, sendo o princípio da imutabilidade fixado no art. 1714.º do CC uma regra de direito material interno, o seu raio de ação está confinado às situações puramente internas e, relativamente às situações transfronteiriças, àquelas que ficam subordinadas à lei portuguesa por via do Direito de Conflitos, pelo que o aludido princípio da imutabilidade só poderia assumir pertinência (para a economia deste parecer) se a lei portuguesa tivesse de ser chamada a regular a mudança de regime de bens do casamento, que é consequencial da alteração da lei aplicável ao regime matrimonial.

10.5.2. Com efeito, poderia constituir um problema de qualificação em DIP o de saber qual a lei competente para apreciar a mudança material *do regime de bens do casamento* provocada pelo acordo dos cônjuges; se a *lei de que se muda* (lei portuguesa, na hipótese que estamos a figurar, que é avessa à mutabilidade material do regime de bens) ou a *lei para que se muda*, sendo certo que a aplicação da lei portuguesa (*lei de que se muda*) a esta questão inviabilizaria essa mudança, justamente por causa do princípio da imutabilidade contido no art. 1714.º do CC ²⁸.

²⁸Cfr. Helena Mota, “Os efeitos patrimoniais ...” cit., pp.20/21.

10.5.3. Ora, mesmo para quem entenda que este problema não fica consumido pelo exercício da autonomia das partes consentido pelo Regulamento (que ao autorizar a mudança de lei aplicável autoriza, outrossim, a mudança automática do regime de bens do casamento, independentemente da posição que a lei, de *que se muda* ou *para que se muda*, assuma quanto ao princípio da imutabilidade do regime de bens), cremos que a questão fica resolvida no próprio Regulamento, quando determina que a apreciação da validade material do acordo compete à nova lei escolhida pelos cônjuges (art. 24.º) ou quando define o âmbito da lei aplicável ao regime matrimonial (art. 27.º).

10.5.4. Resta salientar, por outro lado, que, a mais da proteção dos interesses dos cônjuges e dos filhos, o nível de preocupação que sobreleva no princípio da imutabilidade do regime de bens do casamento prende-se com os terceiros (dado que a mutabilidade poderia impedir *que estes exercessem os seus direitos sobre bens em relação aos quais tinham a expectativa de constituírem a garantia de negócios celebrados*)²⁹, contudo, já sabemos, em face do disposto no art. 22.º/3 e no Considerando 46 do Regulamento, que a posição dos terceiros não poderá sair enfraquecida ou afetada negativamente, por via do alteração da lei aplicável ao regime matrimonial.

Das normas de Conflitos aplicáveis na ausência de escolha da lei aplicável

11. Diante de uma situação matrimonial com incidência transfronteiriça *que tenha sido constituída após 29 de janeiro de 2019*, as primeiras questões de DIP, enquanto Direito de Conflitos, que importa colocar são, pois, as de saber se houve ou não acordo de escolha de lei, nos termos do art. 22.º, e, na hipótese afirmativa, se tal acordo se mostra formal e substantivamente válido, à luz do disposto nos arts. 23.º e 24.º³⁰.

11.1. Quando se apure que os cônjuges não celebraram o dito acordo ou, tendo procedido à sua celebração, o mesmo se mostra inválido, as normas que habilitam à localização das ordens jurídicas competentes para regular o regime matrimonial estão definidas no art. 26.º, onde encontramos fixada uma escala de conexões sucessivas, e imobilizadas, que consubstanciam, todas elas, elementos de carácter pessoal, aparecendo a *primeira residência habitual comum dos cônjuges* depois da celebração do casamento como conexão supletiva principal, seguida da *nacionalidade comum dos cônjuges* no momento da celebração do casamento³¹ e, na falta desta, a *ligação* ou *proximidade mais estreita* a um determinado Estado.

Note-se, com a Autora, que este problema só se colocaria quando o novo regime de bens do casamento não fosse, simultaneamente, conformado em convenção nupcial, caso em que o problema da mudança material de regime de bens do casamento passaria a estar recoberto pela lei reguladora da validade material da convenção (art. 27.º/g) do Regulamento).

²⁹ Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Teses, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 120 e ss.

³⁰ Helena Mota, "Os efeitos patrimoniais ..." cit., p.22.

³¹ Relativamente à nacionalidade como elemento de conexão, intercede o problema de saber como considerar uma pessoa que tenha mais de uma nacionalidade e, portanto, como resolver a questão da plurinacionalidade. O Considerando 50 é claro no sentido de que a questão da plurinacionalidade (*rectius*, da nacionalidade que prevalece em caso de plurinacionalidade) deve ser considerada à luz do direito interno, mas que essa consideração não deverá ter efeitos sobre a validade de *uma escolha de lei* que tenha sido feita em conformidade com o

11.2. Pode, ainda assim, acontecer que a lei chamada a regular o regime matrimonial não seja nenhuma das que atrás referimos, mas a lei de um Estado diferente, desde que se verifiquem as condições indicadas no n.º 3 do art. 26.º. Trata-se aqui da consagração de uma *cláusula geral de exceção* em DIP, que, apesar dos inconvenientes que gera do ponto de vista da previsibilidade das decisões, não deixa de servir de escudo contra algumas distorções que possam provir do funcionamento das demais regras, sendo certo que também neste plano se acautelam os direitos de terceiros.

11.3. Pese embora a imobilização destas conexões, notamos que aos cônjuges não está vedada uma alteração subsequente da lei aplicável, por via do exercício da autonomia privada que lhe é facultado pelo art. 22.º do Regulamento, desde que, claro está, se verifiquem os requisitos de forma e de substância a que aludem ou para que remetem os arts. 23.º e 24.º e a escolha da nova lei aplicável se faça dentro dos parâmetros definidos no referido art. 22.º e com as ressalvas aí estipuladas quanto aos direitos de terceiros.

Da inviabilidade do reenvio

12. A encerrar esta análise geral, e necessariamente preliminar, do Regulamento, não podemos deixar de fazer uma indicação expressa do preceituado no art. 32.º, de onde se retira, sem margem para erro, que a referência feita para a lei de um determinado Estado, como lei designada para regular o regime matrimonial, *não é* uma referência global, que tenha em conta o DIP dessa lei e admita, por isso, retorno ou transmissão de competência; *é antes* uma referência material, que se dirige direta e imediatamente ao Direito material da lei designada.

Do Regulamento Europeu (UE) 2016/1103, de 24 de junho – questões de registo civil³²

13. É então chegado o momento de procurarmos dar uma resposta mais concreta às questões que determinaram o presente processo de consulta, todas elas colocadas na perspetiva da atividade típica do registo civil, designadamente quando esteja em causa um processo de casamento, e a feitura do assento de casamento respetivo, e se torne necessário aplicar o Regulamento Europeu em tabela.

13.1. Repassando o que atrás dissemos, o plano de mobilização do DIP e a *aplicação no tempo* do Regulamento podem sumariar-se da seguinte forma:

Regulamento, donde, entendemos, a este propósito, na esteira da posição defendida por Afonso Patrão, “*A Autonomia Conflitual dos Plurinacionais no Regulamento (UE) n.º 1259/2010 sobre Lei Aplicável ao Divórcio*”, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, vol. 3, pp. 417 e ss., que a nacionalidade indicada pelo direito interno só assume relevo no âmbito de aplicação do art. 26.º (lei supletiva), e não no do art. 22.º (autonomia conflitual).

³² As questões de registo predial, que o Regulamento também suscita, não deixarão de ser oportunamente tratadas em parecer deste Conselho, o qual se pretende venha a ser uma continuação do estudo e da reflexão que aqui se iniciam, e que, obviamente, se expõem com o comedimento que a complexidade do tema e a falta de subsídios doutrinários e jurisprudenciais recomendam.

Data de referência	Elementos de contacto	Lei aplicável
Casamento celebrado até 2019/01/29	Situação puramente interna	Lei material interna
Casamento celebrado até 2019/01/29	Situação plurilocalizada	- Normas de conflitos do DIP interno (arts. 52.º a 54.º do CC) ou - Capítulo III do Regulamento, se for celebrado acordo de escolha após 2019/01/29* * Se tal acordo não for feito, ou não for formal ou materialmente válido, continuam a ter aplicação as normas do DIP interno
Casamento celebrado após 2019/01/29	Situação puramente interna	Lei material interna
Casamento celebrado após 2019/01/29	Situação plurilocalizada	Capítulo III do Regulamento

13.2. Sendo a primeira tarefa, do *iter* necessário à definição da lei aplicável ao regime matrimonial do casamento celebrado após a data de referência indicada no art. 69.º/3 (2019/01/29), a qualificação da situação jurídica como “situação puramente interna” ou “situação internacional ou transfronteiriça”, importará, pois, que, no processo de casamento, se apurem todos os elementos relevantes para o funcionamento das normas do Regulamento, ou seja, a *nacionalidade, a residência habitual dos nubentes e a existência de património disperso por dois ou mais Estados*, não se afigurando despiciendo ou supérfluo que das declarações para casamento fique a constar o resultado de tal apuramento, na certeza de que só a verificação da *estranheidade* de algum destes elementos determina a aplicação do Direito de Conflitos e a consequente mobilização do Regulamento (Considerando 14), e de que, portanto, quando o contexto matrimonial se localizar apenas nos limites do Estado do foro, não importará senão aplicar o direito material interno³³.

14. O mesmo é dizer que só a existência de elementos de estraneidade (nacionalidade, residência habitual ou dispersão de património), no momento do casamento, suscitará um conflito de leis e viabilizará a realização do acordo de escolha da lei aplicável ao regime matrimonial, em conformidade com o art. 22.º do Regulamento, o que não significa que tal acordo possa ser efetuado na conservatória do registo civil, mediante auto lavrado pelo funcionário do registo civil, desde logo porque o conservador só é entidade titulara quando exista norma de competência material que o autorize ou imponha.

³³ Se, após o casamento, houver alteração de nacionalidade ou de residência habitual dos cônjuges ou de algum deles, tal mutação não assume relevância automática, no entanto, os cônjuges poderão alterar a lei aplicável em conformidade com o disposto nos arts. 22.º a 24.º.

14.1. É certo que a circunstância de ambos os cônjuges, ou de algum deles, residir em Portugal obriga a que na celebração do acordo de escolha da lei aplicável se siga a forma (mais exigente) prevista para as convenções antenupciais (única modalidade, dentre as que cabem no conceito de “convenção nupcial” referido no art.3.º/b), que é admitida em Portugal) e que, segundo o art. 1710.º do CC, tais convenções poderão ser celebradas por escritura pública ou por declaração prestada perante funcionário do registo civil.

14.2. Mas, enquanto na competência material do notário português cabe a realização de qualquer escritura pública (art. 4.º do Estatuto do Notariado e art. 4.º do CN) e, portanto, também a escritura pública de formalização de um acordo de escolha da lei aplicável, na competência material do conservador, ou do oficial de registo, não cabe a redução a auto de quaisquer declarações que os interessados queiram prestar perante si, mas apenas daquelas que, em face de norma de competência material própria, a lei prevê que possam ser recebidas em documento elaborado na conservatória.

14.3. Cremos, aliás, que a própria competência material para a formalização da convenção antenupcial, mediante declaração prestada perante funcionário do registo civil, está confinada à convenção antenupcial prevista e regulada no direito material interno, posto que a norma do art. 189.º do CRCivil está indexada à que consta no direito substantivo, repetindo o que consta do art. 1710.º do CC, pelo que, se a lei escolhida pelos nubentes para regular o regime matrimonial do seu futuro casamento for uma *lei estrangeira* (lei da nacionalidade ou da residência habitual de qualquer um dos nubentes), a convenção antenupcial que os nubentes queiram celebrar não poderá ser realizada perante funcionário do registo civil.

14.4. É que, além de poder estar subordinada a requisitos suplementares de forma, exigidos pela lei do Estado-Membro no qual os cônjuges, ou um deles, tenham a sua residência habitual (art. 25.º/2) ou pela lei estrangeira escolhida para regular o regime matrimonial (art. 25.º/3), a aceitação e validade material desta convenção antenupcial está sempre dependente da lei aplicável ao regime matrimonial (art. 27.º/g) do Regulamento), pelo que, sendo esta uma lei estrangeira, ainda que, do ponto de vista material, nenhum obstáculo se coloque à celebração da dita convenção, parece inevitável concluir que o funcionário do registo civil não terá competência para a reduzir a auto.

14.5. Hipótese diferente será aquela em que os nubentes queiram escolher a lei portuguesa como lei aplicável ao regime matrimonial (e possam fazê-lo, segundo os critérios definidos no art. 22.º) e, simultaneamente, pretendam celebrar convenção antenupcial, caso em que nos parece absolutamente consentâneo com o disposto nos arts. 1698.º e 1710.º do CC, e no art. 189.º do CRCivil, que a convenção se realize mediante declaração prestada perante funcionário do registo civil e que nela se incorpore, como cláusula, o acordo de escolha da lei aplicável (lei portuguesa), desde que a lei do Estado-Membro da residência habitual dos nubentes, ou de algum deles, não estabeleça requisitos formais suplementares para a convenção antenupcial (art. 25.º/2).

14.6. Procurando, com o que antecede, responder à primeira questão enunciada no Relatório, falta dizer que, nesta hipótese, não se afigura absolutamente determinante o facto de a convenção antenupcial, elaborada e

conservada em ambiente eletrónico, não ser assinada pelos nubentes, porque, neste caso, não se trata de um mero documento particular, como o que está previsto, como *forma mínima*, no art. 25.º do Regulamento, mas de um documento autêntico, que atesta os factos praticados, bem como as declarações prestadas perante a entidade pública documentadora³⁴, sendo que, neste contexto e do ponto de vista da circulação dos documentos elaborados na conservatória, não podem deixar de ser convocados o conceito de “*autenticidade*” posto no Considerando 58, bem como as regras relativas à aceitação dos atos autênticos a que se refere o art. 58.º do Regulamento.

15. Quanto à questão de saber se cabe ao conservador averiguar da validade formal do acordo apresentado para a organização do processo de casamento e, designadamente, apurar se a lei do Estado-Membro no qual ambos os nubentes tinham a sua residência habitual à data da celebração do acordo prevê requisitos suplementares para convenções nupciais, não podemos senão responder afirmativamente, não só pelo facto de Portugal ser Estado-Membro participante e, por isso, estar vinculado à aplicação do Regulamento, mas também porque o conservador do registo civil não pode deixar de apreciar a suficiência dos documentos que lhe são apresentados, seja qual for a sua origem ou a área do Direito em que se insiram.

16. Associada a esta questão, está a de saber se do assento de casamento deverá constar uma referência ao acordo de escolha da lei aplicável ou, no caso de esta escolha não ter sido feita, uma indicação que possa, de alguma forma, patentear que ao regime matrimonial é aplicável a lei designada pelas normas de conflitos do art. 26.º.

16.1. Quando a situação for puramente interna ou a lei escolhida pelos nubentes for a portuguesa, diríamos que as regras do registo civil (art. 181.º do CRCivil) continuam a impor que se faça a indicação de o casamento ter sido celebrado com ou sem convenção antenupcial, e a indicação do regime de bens do casamento, se for um dos regimes tipo, e, se for imperativo, a menção dessa circunstância.

16.2. Só que, quer se trate de situações puramente internas ou de situações transfronteiriças (com escolha da lei interna como lei aplicável ao regime matrimonial), a utilidade dessas menções pode ser muito reduzida ou limitada no tempo, em face da possibilidade de alteração da lei aplicável ao regime matrimonial agora permitida pelo Regulamento (art. 22.º), sendo que, no caso de a escolha dos nubentes recair sobre lei estrangeira, o mesmo valor diminuto teria a publicitação da existência desse acordo, dada a mutabilidade conflitual (acordo de alteração da lei aplicável) que se pode verificar ao abrigo do disposto no art. 22.º.

16.3. Não receamos, por isso, dizer que, a partir da entrada em vigor do Regulamento, só a obrigatoriedade de publicidade destes acordos, a atribuição de efeitos constitutivos ou consolidativos ao registo respetivo e a previsão de um esquema de atualização permanente da informação, permitiria continuar a extrair do registo civil a prova quanto ao regime de bens do casamento que, até aqui, tem sido possível fazer-se.

³⁴ Como adverte Antunes Varela et al., *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 509, entre os documentos autênticos estão precisamente os documentos lavrados pelos oficiais do registo civil, sendo as leis orgânicas dos serviços a que pertencem tais entidades documentadoras que definem o círculo de atividades que lhes é atribuído (n.3).

16.4. Quanto aos casos em que não haja acordo e a lei aplicável deva ser a da primeira residência habitual comum dos cônjuges (art. 26.º/1/a) do Regulamento), diríamos que o problema não é novo, uma vez que ele já se colocava por via da norma de conflitos do art. 53.º/2/2.ª parte do CC, com a diferença de que o assento de casamento pode agora respeitar a dois portugueses e de que as regras de DIP que habilitam à interpretação do assento, na parte que concerne ao regime de bens, é agora o Regulamento Europeu, e não as normas de conflitos do direito interno.

16.5. Em tais situações, parece que o procedimento a adotar não poderá ser diverso daquele que vale para os casos em que a escolha dos nubentes recaia sobre lei estrangeira, justificando-se aqui uma aplicação adaptada do entendimento firmado, entre outros, no Parecer proferido no *processo n.º C.C. 43/97 – DSJ*, publicado no BRN 5/98, I caderno.

17. Não sendo possível asseverar, no momento do casamento, que a lei portuguesa será a aplicável ao regime matrimonial, designadamente por faltar a concretização do elemento de conexão (primeira residência habitual comum dos cônjuges), também não vemos como extrair consequências do facto de um ou ambos os nubentes terem completado sessenta anos de idade.

17.1. Respondendo à questão colocada na reunião de conservadores acima referida, queremos, com isto, sublinhar que essa circunstância (idade dos nubentes) e a sua consequência ao nível do regime de bens do casamento (regime imperativo da separação de bens) só poderão assumir relevância quando, à luz do disposto no art. 26.º do Regulamento, se confirme ser a lei portuguesa a competente para regular o regime matrimonial, caso em que nos parece oportuno aplicar o entendimento geral que decorre das conclusões 5 e 6 do parecer proferido no processo R.C. 3/2013 STJ-CC e considerar o averbamento ao assento de casamento, para menção do regime imperativo.

18. Finalmente, quanto à conciliação do princípio da imutabilidade do regime de bens previsto no art. 1714.º do Código Civil com a possibilidade de alteração da lei aplicável ao regime matrimonial na constância do casamento, remetemos para o que já dissemos nos pontos 10.5. a 10.5.4. deste parecer.

Em face do que antecede, formulamos as seguintes

CONCLUSÕES

I – Os Regulamentos Europeus constituem atos gerais, de aplicabilidade direta e obrigatoriedade em todos os seus elementos, que, segundo o art. 8.º/3 da Constituição da República Portuguesa, se incorporam automaticamente no ordenamento jurídico português, colocando o conservador, assim como os demais

aplicadores do direito, na necessidade de aplicar as normas dos Regulamentos e deixar inaplicadas as regras internas que com elas se mostrem incompatíveis.

II – O Regulamento (UE) 2016/1103, de 24 de junho de 2016, é um ato de cooperação reforçada, que agrupa disposições unificadas sobre a competência judiciária, a lei aplicável, o reconhecimento, ou a aceitação, e a exequibilidade, ou execução, das decisões, dos atos autênticos e das transações judiciais relativos aos regimes matrimoniais, cuja aplicabilidade direta se impõe aos Estados-Membros participantes, do quais Portugal faz parte.

III- Sendo o Regulamento obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável nos Estados-Membros participantes, os conservadores, enquanto órgãos nacionais de aplicação do direito internacional privado, estão, naturalmente, vinculados a mobilizar as regras dele constante, quando estejam diante de uma situação jurídica que se situe dentro do seu âmbito material e temporal de aplicação.

IV – Em face do disposto no seu Considerando 14, a aplicabilidade do Regulamento só assume pertinência no contexto dos regimes matrimoniais com incidência transfronteiriça, por isso, quando estiverem em causa relações jurídicas “plurilocalizadas” ou, dito de outro modo, relações que encerrem na sua estrutura elementos estrangeiros.

V- O Regulamento (UE) 2016/1103, de 24 de junho de 2016, é aplicável aos regimes matrimoniais, cabendo neste conceito o conjunto de normas relativas às relações patrimoniais dos cônjuges e às suas relações com terceiros, em resultado do casamento ou da sua dissolução (art. 3.º/1/a), com exclusão das matérias indicadas no art. 1.º/2, exigindo-se, em qualquer caso, uma interpretação autónoma deste conceito (considerando 18), dado que só assim se logrará uma aplicação uniforme das regras do Regulamento nos diversos Estados membros participantes e a coerência do sistema normativo nele contido.

VI- O Regulamento é aplicável a *partir* de 29 de janeiro de 2019, com as ressalvas indicadas no art. 70.º, mas, as disposições do Capítulo III (“Lei Aplicável”) só se aplicam aos cônjuges casados ou que tenham designado a lei aplicável ao respetivo regime matrimonial *após* 29 de janeiro de 2019 (art. 69.º/3).

VII- O Regulamento veio consagrar a possibilidade de os cônjuges ou futuros cônjuges acordarem em designar ou alterar a lei aplicável ao regime matrimonial, desde que essa lei seja uma das que se indicam no art. 22.º, donde se passa, assim, a postular um princípio de autonomia conflitual limitada que se estende para além do momento do casamento.

VIII- O acordo de escolha da lei aplicável só é formalmente válido se cumprir os requisitos indicados pelo art. 23.º do Regulamento e observar, na sua conformação material, as disposições da lei escolhida (art. 24.º do Regulamento).

IX- Na ausência de escolha pelas partes, ou de escolha formal e materialmente válida à luz das disposições contidas nos arts. 23.º e 24.º, respetivamente, aplica-se ao regime matrimonial a lei indicada por via das

conexões definidas no art. 26.º, salvo quando deva funcionar a cláusula geral de exceção fixada no art. 26.º/3.

X- A lei designada para regular o regime matrimonial pode ser a lei de um Estado-Membro não participante ou de um Estado terceiro (art. 20.º), aplica-se a todos os ativos abrangidos pelo regime matrimonial, independentemente da sua localização (art. 21.º), e refere-se às normas materiais em vigor nesse Estado, por isso, com exclusão das suas normas de direito internacional privado (art. 32.º).

XI- Não obstante, o Regulamento permite o afastamento de disposições da lei aplicável que se mostrem manifestamente incompatíveis com a ordem pública do foro (art. 31.º), bem como a aplicação de exceções baseadas em disposições imperativas da lei do foro (art. 30.º), designadamente das que respeitem à proteção da casa de morada de família, ainda que com a contenção interpretativa necessária à preservação dos objetivos gerais do Regulamento (Considerando 53).

XII- Pese embora a relevância que a norma do art. 1720.º/1/b) do CC assume no contexto da organização das relações patrimoniais dos cônjuges, o peso de interesse público nela implicado não parece ser de molde a justificar o afastamento da lei designada pelo Regulamento para regular o regime matrimonial.

XIII- O princípio da imutabilidade do regime de bens estipulado no art. 1714.º do Código Civil não impede a alteração de lei aplicável, através do exercício da autonomia conflitual consentido pelo art. 22.º do Regulamento, e, portanto, não constitui obstáculo à mudança automática de regime de bens do casamento que a escolha de uma nova lei aplicável ao regime matrimonial determina.

XIV- O acordo de escolha da lei aplicável a que se refere o art. 22.º do Regulamento não se confunde com a convenção antenupcial, pelo que a competência material atribuída ao conservador em matéria de celebração de convenções antenupciais (art. 189.º do Código do Registo Civil) não se estende à formalização daquele acordo.

XV- Quando o conservador do registo civil seja materialmente competente para a celebração da convenção antenupcial e a validade formal desta se encontre assegurada, nos termos definidos no art. 25.º do Regulamento, não parece existir impedimento legal a que o acordo de escolha da lei aplicável (*lei portuguesa*) figure como cláusula desta convenção.

XVI- A menção do acordo de escolha da lei aplicável no assento de casamento não tem suporte legal e não acrescenta valor em termos de confiança na informação prestada pelo registo, dadas a possibilidade de mudança da lei aplicável na constância do casamento, que também é admitida no art. 22.º do Regulamento, e a inexistência de um sistema de atualização permanente e eficaz dessa informação.

XVII- Quando não seja possível asseverar, no momento do casamento, qual a lei aplicável ao regime matrimonial, designadamente por não ter havido acordo de escolha de lei (ou acordo de escolha de lei válido) e se encontrar por concretizar a conexão estabelecida no art. 26.º/1/a) do Regulamento, deverá

proceder-se nos termos definidos para os regimes de bens regulados por lei estrangeira, sem prejuízo de o assento poder ser ulteriormente completado com a referência ao regime de bens do casamento que se mostre devida, caso se comprove ser a lei portuguesa a aplicável ao regime matrimonial em causa.

Parecer aprovado em sessão do Conselho Consultivo de 21 de fevereiro de 2019.

Maria Madalena Rodrigues Teixeira, relatora, Benilde da Conceição Alves Ferreira, Maria Regina Rodrigues Fontainhas, Maria de Lurdes Barata Pires de Mendes Serrano, Paula Marina Oliveira Calado Almeida Lopes, Blandina Maria da Silva Soares, António Manuel Fernandes Lopes, Luís Manuel Nunes Martins.

Este parecer foi homologado pela Senhora Presidente do Conselho Diretivo, em 21.02.2019.