

O DIREITO CONFLITUAL DE MACAU EM MATÉRIA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

The Conflict of Laws of Macau in Matters of Family and Successions

José Manuel Costa

Advogado, Antigo Docente, Tempo Parcial, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: O presente artigo tem por objecto o Direito Internacional Privado de Macau em matéria do direito da família e das sucessões. Analisam-se no mesmo as regras de conflitos do Código Civil de Macau nessas matérias, as principais questões que tais normas levantam, designadamente em termos de interpretação e abrangência do seu conceito quadro, bem como as condições de validade substancial e formal para a constituição ou reconhecimento em Macau de relações jurídicas familiares e sucessórias com conexão com mais do que um ordenamento jurídico que resultam, quer das referidas normas de conflito, como também de outras normas vigentes em Macau.

Palavras-chave: Adopção; adopção internacional; casamento; direito de conflitos; direito da família; direito internacional privado; direito material; direito das sucessões; divórcio; filiação; parte especial do direito internacional privado; regras de conflitos; requisitos formais; requisitos substanciais; reconhecimento; testamento; união de facto.

Abstract: The subject of this paper is the Macau Private International Law in matters of family and succession law. It analyzes the conflict of law rules of the Macau Civil Code in these areas, the main questions that such rules raise, namely in terms of interpretation and scope of its framework concept, as well as the conditions of substantial and formal validity for the constitution or recognition in Macau of family and succession legal relationships with connections to more than one legal system that result from both the aforementioned conflict of law rules and other rules in force in Macau.

Keywords: Adoption, international adoption, marriage, conflict of laws, family law, private international law, substantive law, law of successions, divorce, filiation, special part of private international law, rules of conflict, formal requirements, substantial requirements, recognition, will, de facto union.

1. Introdução

Respondendo ao convite para participar nesta edição do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, aceitamos publicar o presente artigo, que tem por base a parte correspondente dos sumários facultados aos alunos do quinto ano da mesma faculdade no ano lectivo de 2016/2017.

A escolha destas matérias justifica-se pelo facto de serem aquelas que, no âmbito do direito internacional privado enquanto direito eminentemente formal, têm mais interesse prático em Macau, sendo, com relativa frequência, objecto de apreciação pelos tribunais locais.

Simultaneamente, são das matérias mais complexas da parte especial do direito internacional privado. Essa complexidade começa, desde logo, na dificuldade em determinar as conexões que devem ser privilegiadas na escolha da lei que há-de reger as questões de diversa natureza que nelas confluem e se entrelaçam. Com efeito, no domínio do direito da família e sucessões, interesses de vária ordem, tais como reais, pessoais, institucionais e negociais, reclamam simultânea prevalência, tornando difícil a eleição de um elemento de conexão e obrigando, por vezes, a levar em conta diferentes conexões e a fazer adaptações, de modo a que todos os interesses legítimos fiquem salvaguardados no essencial.

Por outro lado, a regulamentação material do direito da família e de sucessões nos diversos ordenamentos apresenta diferenças significativas já que a mesma é fortemente influenciada pela cultura, tradições, religião e particularidades de cada país ou região. O direito da família especialmente, como é sabido, tem sido, nas últimas décadas, campo privilegiado de luta entre modernidade e tradição,

conservadorismo e liberalismo, entre os que querem manter o *status quo* de um certo modelo de família, o biparental heteronormativo, e os que reclamam o reconhecimento legal de novas formas de família, mais baseadas em laços afectivos. Enquanto em alguns países, particularmente naqueles onde predomina o liberalismo democrático, em maior ou menor grau, essas novas formas de família, sobretudo as homoafectivas, constituídas por casais do mesmo sexo e seus filhos, estes adoptados ou gerados através de técnicas de procriação assistida, têm vindo a receber a atenção e o reconhecimento legal, que muitos reclamam como devida e tardia - na medida em que são também formas justas e merecedoras de direitos que nunca deveriam ter sido exclusivos de uma única forma de família -, noutros países, além dos poucos que ainda tutelam legalmente as relações poligâmicas, o modelo tradicional mantem-se como o único juridicamente protegido, enfrentado os outros discriminações que vão desde a simples impossibilidade legal da sua constituição ao extremismo arcaico da sua criminalização. Já o direito sucessório, menos objecto directo dessa luta, é por ela influenciado, em virtude das repercussões que as relações familiares têm nas sucessórias.

O direito internacional privado, embora não sendo axiologicamente neutral, como direito eminentemente formal, é, em si e enquanto tal, alheio a tais lutas. Partindo de uma ideia de relatividade das concepções de justiça, respeita a regulamentação material que cada ordenamento jurídico entende em dado momento ser a mais adequada para si e procura, nas relações jurídicas plurilocalizadas, aplicar aquele que apresenta uma melhor conexão com tais relações, tendo como objectivo primordial garantir a sua estabilidade e continuidade no espaço e, assim, respeitar as legítimas expectativas dos indivíduos.

Também o presente artigo cinge-se ao direito positivo, não cabendo pois, nele, a discussão e tomada de posição sobre as opções do legislador em matéria de regulamentação material. Procura-se aqui analisar, com base na doutrina portuguesa, as regras de conflitos do Código Civil de Macau (“CCM”) em matéria familiar e sucessória, as principais questões que tais normas levantam, designadamente em termos de interpretação e abrangência do seu conceito quadro, bem como as condições de validade substancial e formal para a constituição ou reconhecimento em Macau de relações jurídicas familiares e sucessórias com conexão com mais do que um ordenamento jurídico, que resultam, quer das referidas normas de conflitos, como também de outras disposições vigentes em Macau.

2. Direito Matrimonial

2.1. Casamento como acto

Como acontece na generalidade das relações jurídicas institucionais, isto

é, aquelas cujo conteúdo não está dependente da vontade das partes, sendo antes fixado pelo legislador, o direito de conflitos de Macau utiliza elementos de conexão diferentes para designar a lei competente para reger a constituição e o conteúdo do casamento, reflectindo assim, a nível conflitual, a distinção existente no direito material entre o casamento enquanto acto e enquanto estado.

As normas de conflitos no CCM que se referem ao casamento enquanto acto são o art. 48.º – que determina a lei aplicável às condições de validade substancial – e o art. 49.º, que designa a lei aplicável às condições de validade formal.

2.1.1. Lei aplicável às condições de validade substancial do casamento

Dispõe o art. 48.º do CCM que a capacidade para contrair casamento ou celebrar convenção matrimonial é regulada, em relação a cada nubente, pela respectiva lei pessoal, à qual compete ainda definir o regime da falta e dos vícios da vontade dos contraentes.

O art. 48.º utiliza uma conexão distributiva, resultando daí que se os nubentes tiverem leis pessoais diferentes, serão duas as leis aplicáveis às condições de validade substancial do casamento, sendo a capacidade, a falta e os vícios da vontade para o acto regulados, em relação a cada nubente, pela respectiva lei pessoal.

Por exemplo, tratando-se de um casamento entre um residente habitual de Macau e uma residente habitual de Portugal, as leis aplicáveis serão a lei portuguesa para a nubente residente habitual em Portugal e a de Macau para o nubente residente habitual de Macau.

No que respeita à apreciação dos vícios da vontade, a utilização da conexão distributiva não suscita quaisquer problemas. A mesma pode, porém, operar como uma conexão cumulativa no que se refere aos chamados impedimentos à celebração do casamento consagrados nas leis materiais, dependendo da natureza desses impedimentos, na medida em que se torna necessário por vezes que os mesmos não se verifiquem em relação a nenhum dos nubentes, independentemente da lei pessoal daquele que os consagra, para que o casamento possa ser celebrado. Dito de outro modo, é preciso a concordância das duas leis no que a certos impedimentos diz respeito para que o acto possa ser validamente celebrado, tal como acontece nas conexões cumulativas, o que resulta na aplicação da lei mais exigente.

Assim, no plano conflitual, torna-se necessário distinguir os impedimentos unilaterais dos impedimentos bilaterais: os impedimentos unilaterais são aqueles que se aplicam apenas à pessoa do nubente cuja lei pessoal os preveja enquanto que os impedimentos bilaterais se estendem à pessoa do outro nubente.

Nem sempre é fácil determinar se um impedimento é bilateral ou unilateral. Os impedimentos relativos são obviamente bilaterais, pois a relação

entre as pessoas cujo casamento impede não se altera pelo facto de essas pessoas estarem sujeitas a leis diferentes. Quanto aos impedimentos absolutos, saber se são bilaterais ou unilaterais depende da interpretação da lei que os estabelece. O problema é que essa interpretação também não é fácil até porque a doutrina e jurisprudência internas nem sempre fornecem uma ajuda adequada, pois a questão só se levanta no âmbito conflitual. Pode dizer-se, no entanto, que se um ordenamento jurídico consagra um determinado impedimento tendo em conta razões de ordem social ou eugénica, ou ainda, em função de uma concepção própria do casamento, tal impedimento tem de ser entendido como bilateral, sem prejuízo de a ordem pública internacional poder ser chamada a intervir para afastar o seu efeito obstativo ao casamento.

Analisando os impedimentos previstos na lei de Macau e começando pela idade, esta será, em regra, um impedimento unilateral, isto é, cabe à lei pessoal de cada um dos nubentes definir a respectiva idade núbil. Portanto, em princípio, não haverá qualquer obstáculo ao reconhecimento ou constituição em Macau de um casamento entre um residente de Macau com idade superior a 16 anos e um não residente com idade inferior, desde que, relativamente a este último, a sua lei pessoal assim o permita. O mesmo acontecerá relativamente ao casamento celebrado por dois não residentes com idade inferior a 16 anos, permitido pelas respectivas leis pessoais. Em caso de idades muito baixas deve, no entanto, entender-se que razões de ordem pública relacionados com a protecção dos menores obstam à celebração ou reconhecimento do acto em Macau.

Quanto ao impedimento da demência notória, mesmo durante os intervalos lúcidos, e a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, tudo depende daquilo que se entender ser a *ratio* desse impedimento. Se esta for a protecção da vontade livre e esclarecida, deve entender-se que o impedimento é unilateral, cabendo à lei pessoal de cada nubente decidir se a pessoa tem condições de contrair matrimónio. Porém, entendendo-se que esse impedimento se funda em razões ligadas a uma determinada concepção do casamento (que tem, como padrão, a constituição da família tradicional com a responsabilidade parental normalmente a ela associada) então deverá ser considerado como um impedimento bilateral, isto é, será aplicável quer quando o demente notório (mesmo com intervalos lúcidos) seja residente de Macau como quando não o seja, ainda que na sua lei pessoal não esteja consagrado tal impedimento. A verdade é que o mesmo não parece estar relacionado apenas com questões de autodenominação ou protecção da vontade livre e esclarecida do demente, pelo que parece dever entender-se que se trata de um impedimento bilateral.

Semelhantes a esse impedimento são os consagrados em determinados ordenamentos jurídicos, que obstam ao casamento de pessoas afectadas por certas doenças físicas ou mentais. Sem prejuízo, como se disse supra, da intervenção da

ordem pública, julga-se deverem ser considerados como bilaterais.

Relativamente ao impedimento de casamento anterior não dissolvido, ainda que o respectivo assento não tenha sido lavrado no registo civil, deve entender-se que se trata de um impedimento bilateral, uma vez que a forma como é concebido o casamento no nosso sistema é incompatível com o casamento bigamo. Por outro lado, razões de ordem pública impediriam sempre a constituição ou o reconhecimento de um casamento bigamo no nosso ordenamento.

Quanto aos impedimentos relativos, como já se disse, serão sempre bilaterais. A lei de Macau prevê apenas dois impedimentos relativos, sendo estes o parentesco na linha recta e o parentesco até ao segundo grau na linha colateral. No direito português constitui ainda impedimento relativo a afinidade na linha recta.

Questão cada vez mais pertinente é a da admissibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, uma realidade hoje comum em muitos ordenamentos jurídicos e que, julga-se, tarde ou cedo, acabará por se tornar prevalecente, já que a sua ilegalidade começa a ser maioritariamente tida como violadora dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Com efeito, como se referiu na nota introdutória, no plano internacional são dominantes as vozes que reclamam pelo reconhecimento, valorização e protecção do modelo familiar homoafectivo, de modo a que tenha acesso aos mesmos direitos e oportunidades da família tradicional, constituindo o seu não reconhecimento legal resquícios de discriminação em razão da orientação sexual, mesmo em países que têm o princípio da igualdade, em todos os seus aspectos, como um dos seus princípios fundamentais.

Do ponto de vista do direito positivo conflitual, a questão que o casamento homossexual levanta é se o mesmo pode ser enquadrado no conceito-quadro dos arts. 48.º e 49.º. A dúvida é pertinente, mesmo tendo em conta o entendimento dos conceitos-quadros das normas de conflitos como conceitos suficientemente abertos de modo a albergarem instituições não reconhecidas no nosso direito. Com efeito, aqui não se trata tanto de um instituto desconhecido, mas talvez com funções distintas, ou baseado em laços distintos, daquelas que o legislador teve em vista nos arts. 48.º e 49.º, isto é, uma união entre pessoas de sexo diferente com vista à formação da família típica, tradicional e na qual a parentalidade assume um papel de relevo. De qualquer maneira, não há dúvida que a admissibilidade ou não dos casamentos homossexuais é matéria pertinente ao estatuto pessoal, pelo que é da competência da lei pessoal dos interessados.

Outra questão que esses casamentos suscitam é a de saber se podem ou não ser celebrados em Macau, caso as leis pessoais dos nubentes os permita, ou se podem aqui ser reconhecidos. Parece que, independentemente das posições pessoais em relação a esse tipo de casamentos e do entendimento de que as novas concepções sociais justifiquem o oposto, os mesmos não podem ainda ser

celebrados em Macau, excepto no caso dos casamentos consulares nos termos do art. 49.º, n.º 2, em conformidade com a lei do respectivo país, quer no que respeita aos aspectos formais como substanciais. Também nos parece, embora com mais dúvidas, que ainda a ordem pública de Macau impediria o reconhecimento do casamento homossexual enquanto acto juridicamente apto a produzir todos os seus efeitos em Macau, por violar o sentimento ético-jurídico dominante na matéria. Tal não implica, porém, que não devam aqui ser reconhecidos certos dos seus efeitos, não só porque se trata de uma realidade que não pode ser ignorada por um ordenamento jurídico que tem por princípio garantir, tanto quanto possível, a estabilidade do estatuto pessoal, como também porque a actuação da ordem pública deve ser atenuada quando se trata apenas de reconhecer certos efeitos laterais ou oblíquos de um acto constituído no estrangeiro.

Ainda no que diz respeito ao reconhecimento de casamentos celebrados no exterior é preciso ter-se também em conta o disposto no art. 30.º, n.º 6, analisado a propósito do reconhecimento dos direitos adquiridos¹.

2.1.2. Forma do casamento

De acordo com o art. 49.º, n.º 1, do CCM, a forma do casamento é regulada pela lei do lugar em que o acto é celebrado.

Entende-se que esta norma tem uma função unilateralmente imperativa no sentido de impor a observância das formas previstas na lei de Macau aos casamentos aqui celebrados. Isto é, mesmo que a lei que rege a substância do casamento exija uma forma especial sob pena de nulidade ou ineficácia, sendo o casamento celebrado em Macau, o mesmo tem de obedecer à forma prevista na lei de Macau. Por outro lado, não terão qualquer validade em Macau casamentos religiosos que não sejam perante ministro de culto com competência funcional para o acto, os casamentos em cerimónia privada, entre outros.

É apenas unilateralmente imperativa porque não há razões para não se reconhecerem casamentos celebrados no exterior por uma forma diferente da prevista na lei do local da celebração, desde que esta lei reconheça tal forma. O entendimento do legislador é o de que para a protecção de interesses ligados à segurança jurídica interna deve fixar-se com carácter imperativo a competência da lei de Macau, enquanto lei do lugar da celebração, para reger as condições de validade formal do casamento. Quanto ao resto, a norma é bilateral na sua formulação e função.

Relativamente aos casamentos religiosos, como se sabe, em Macau permite-

1 Esta questão é por nós tratada no artigo intitulado Constituição e Reconhecimento do Casamento Internacional em Macau, publicado na colectânea de Estudos de Direito da Família e de Menores, Textos Originais em Língua Portuguesa, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018.

se apenas que o acto seja celebrado perante ministros de culto com competência funcional para o acto. Quer isto dizer que, no acto, o ministro de culto actua com funções de funcionário com competência para o celebrar, nos termos do art. 121.º do Código de Registo Civil. O Decreto-Lei n.º 102/99/M, de 7 de Dezembro, veio reconhecer transitoriamente aos párocos da igreja católica competência para celebrar casamentos, desde que em obediência ao previsto no Código de Registo Civil.

Quanto aos casamentos segundo os usos e costumes chineses, deixaram de ser admitidos, sem prejuízo do reconhecimento dos celebrados antes da entrada em vigor do Código de Registo Civil de 1985.

Dispõe o art. 49.º, n.º 2, do CCM, que o casamento de dois estrangeiros em Macau pode ser celebrado segundo a forma prescrita na lei nacional de qualquer dos contraentes, perante os respectivos agentes consulares. O mesmo encontra-se consagrado no art. 130.º do Código de Registo Civil.

Esta norma supostamente estabelece um desvio à regra da *lex loci*. Porém, mais do que um desvio a esta regra, acaba por ser uma extensão da mesma, tendo em conta o princípio da ficção da territorialidade das representações consulares. Isto é, um casamento consular nada mais é do que um casamento celebrado no país da representação consular e perante funcionários desse país.

No actual contexto de Macau, esta norma suscita algumas dúvidas quanto à sua abrangência. Com efeito, trata-se de uma norma transposta do Código Civil anterior que permitia aos estrangeiros (entendidos então como não portugueses) celebrar o casamento em Macau segundo a forma prescrita na lei nacional perante os respectivos agentes consulares. Só que, no Código Civil anterior, esta norma fazia coincidir a lei da forma com a lei da substância, facilitando assim o casamento de estrangeiros em território português, ou sob sua administração (embora com o Decreto-Lei n.º 31/91/M, de 6 de Maio, a situação se tenha alterado um pouco, dado ter passado a ser aplicável aos residentes de Macau a lei de Macau).

Ora, em Macau, a lei pessoal é actualmente a da residência habitual, pelo que a norma do art. 49.º, levada à letra, não atinge o mesmo objectivo de simplificação. A questão assume uma maior relevância quando os estrangeiros em causa forem residentes de Macau e, portanto, sujeitos à lei de Macau, uma vez que o conceito de estrangeiro aí referido abrange todos aqueles que não sejam considerados nacionais da República Popular da China, independentemente de serem ou não residentes de Macau.

Por exemplo, se dois residentes habituais de Macau, de nacionalidade portuguesa, quiserem celebrar um casamento homossexual em Macau, pela letra da norma, ainda a lei de Macau considerar-se-ia aplicável no que à substância diz respeito, pelo que esse casamento não poderia ser celebrado, ainda que no consulado português.

Assim, julga-se que a intenção da norma é tratar o casamento consular como um casamento celebrado no estrangeiro, cabendo ao Estado do consulado aplicar às questões de substância e de forma a lei que entender, restando a Macau reconhecer esse casamento por força do art. 30.º, n.º 6, sem prejuízo da ordem pública.

E, na prática, é o que acontece, designadamente quando dois portugueses residentes habituais de Macau celebram o seu casamento perante o Consulado Português em Macau. Tudo se passa como se fosse um casamento celebrado em Portugal, aplicando-se a lei portuguesa quer às questões de forma quer às de substância.

Mas, assim sendo, a conclusão é que a norma acaba por ter pouca utilidade no actual enquadramento jurídico de Macau.

2.1.3. Casamentos de não residentes em Macau

De acordo com o art. 106.º do Código de Registo Civil, a pretensão de contrair casamento deve ser declarada por ambos os nubentes, pessoalmente ou por intermédio de procurador, na conservatória do registo civil competente para a organização do respectivo processo. Porém, de acordo com o n.º 2 do mesmo artigo, para que um casamento possa ser celebrado na conservatória do registo civil, um dos nubentes deve ter a sua residência habitual no Território.

Cremos que esta última norma pretende salvaguardar interesses de ordem prática, que, no entanto, não parecem justificar a limitação que daí resulta ao exercício de direitos por parte de não residentes em Macau, sendo certo que o princípio da equiparação entre residentes e não residentes consagrado no CCM e na Lei Básica só deve ser limitado para a salvaguarda de interesses locais importantes. A questão assume contornos mais relevantes se tivermos em conta que, aí sim, por questões de ordem prática, tender-se-á a considerar residente para efeitos da norma apenas aqueles que sejam titulares do Bilhete de Identidade de Residente, impossibilitando assim a uma boa parte da população de Macau que vive e trabalha em Macau a celebração de casamentos entre si no registo civil de Macau.

Por outro lado, exigindo a lei, no art. 131.º do Código de Registo Civil, que o não residente que pretenda celebrar casamento em Macau deve munir-se de um certificado passado pelas autoridades do país da sua residência comprovando que nenhum impedimento obsta à celebração do acto, não se vê a razão da referida limitação, uma vez que bastaria que os dois não residentes estivessem munidos dos respectivos certificados para que o casamento pudesse ser celebrado na forma prevista na lei de Macau.

O art. 129.º do Código de Registo Civil regula o casamento de residentes de Macau no estrangeiro, estipulando que o não residente pode pedir a emissão de

um certificado da sua capacidade matrimonial na conservatória, com a organização do processo matrimonial previsto nos arts. 106.º e seguintes.

2.1.4. Consequências da inobservância dos requisitos de forma ou substância do casamento

As consequências da violação dos requisitos de forma ou de substância do casamento são ditadas pelas leis competentes para regular esses mesmos requisitos. Isto é, cabe a essas leis definir se a violação de um determinado requisito que consagram gera a nulidade ou anulabilidade do casamento ou apenas uma outra consequência de menor gravidade, como acontece, por exemplo, no nosso sistema, com os impedimentos impedientes. No caso de a lei da substância ou da forma dispor que a violação de um determinado requisito gera a invalidade, cabe também a essa lei regular a legitimidade e os prazos para a sua invocação.

No que se refere aos requisitos de validade substancial, por se fazer a aplicação cumulativa de duas leis, pode haver divergências entre essas leis quanto à sanção resultante da não verificação de um requisito, as quais tenderão a ser resolvidas pela lei que consagra a sanção mais gravosa.

Uma das consequências do casamento nulo, admitida em vários ordenamentos que sofreram influência do direito canónico, é o casamento putativo. Neste caso, levantam-se dúvidas quanto à lei competente para reger esses efeitos. Tem vindo a entender-se que a lei competente é a referida nos arts. 48.º e 49.º do CCM. No caso de serem chamadas à regulamentação leis diferentes, aplicável será a que não admitir efeitos putativos ao casamento ou a que consagrar requisitos mais exigentes para a sua admissibilidade.

Porém, há quem defenda que o conteúdo da putatividade deve ser definido pela lei referida no art. 50.º do CCM, ou seja, a competente para reger as relações entre os cônjuges. Parece, no entanto, que tal entendimento confunde efeitos putativos do casamento com uma eventual posse de estado. O surgimento de uma posse de estado e a sua relevância devem ser seguramente reguladas por uma lei única, que seja comum a ambos os cônjuges, e essa será aquela que for competente nos termos do art. 50.º do CCM. Já a questão da admissibilidade de efeitos putativos do casamento, bem como a sua extensão, deve ser definida pela lei competente nos termos dos arts. 48.º e 49.º do CCM uma vez que esses efeitos fazem parte da sanção de invalidade. Ou seja, ao sancionar o casamento como inválido por violação de certos dos seus requisitos, a lei salvaguarda, no entanto, alguns efeitos produzidos por esse casamento até a declaração da sua invalidade. Assim, sendo a admissibilidade e efeitos do casamento putativo ainda consequências da invalidade, devem ser disciplinados pela lei competente nos termos dos arts. 48.º e 49.º do CCM. No que respeita aos efeitos do casamento putativo relativamente à filiação, os mesmos dependem da lei aplicável ao

estabelecimento da filiação, nos termos do art. 54.º, ou às relações entre pais e filhos, de acordo com o art. 55.º.

2.2. Casamento como estado

2.2.1. Âmbito do art. 50.º do CCM

Sendo o casamento um negócio jurídico de natureza institucional, a vontade das partes e as suas expectativas são irrelevantes na determinação do seu conteúdo e efeitos, exceptuando o regime de bens, sendo os mesmos fixados directamente pelo legislador, reflectindo a concepção que em cada momento entende dever valer para todos os casamentos.

Em termos de sucessão de leis no tempo, salvo disposição em contrário, as normas que regem o estatuto matrimonial são de aplicação imediata e valem não só para os casamentos a celebrar como para os já celebrados, podendo, desta forma, o conteúdo da relação matrimonial alterar-se ao longo do tempo.

A mesma ideia encontra-se reflectida no direito internacional privado, dispondo o art. 50.º do CCM que a lei competente para reger as relações entre os cônjuges é a lei da sua residência habitual comum ou, na falta desta, a lei com a qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexas. Estabelece-se, portanto, tanto a título principal como subsidiário, uma conexão móvel, pelo que o estatuto do casamento variará consoante o lugar em que, em cada momento, os cônjuges tiverem a sua residência habitual comum ou com o qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexas.

Relativamente à conexão subsidiária, destaca-se o facto de a lei não estabelecer a nacionalidade comum, caso os cônjuges a tenham, como lei familiar antes de recorrer ao conceito indeterminado de lei com a qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexas. Assim, faltando a conexão principal, mesmo que os cônjuges tenham a mesma nacionalidade, só se aplicará a lei nacional à relação familiar se aquela for também a que esteja mais estritamente conexas com essa relação, obrigando, pois, o intérprete a analisar outras hipóteses possíveis.

O art. 50.º abrange, antes de mais, todas as relações pessoais que se estabelecem entre os cônjuges, designadamente os seus deveres, como o de coabitação, fidelidade e assistência previstos na nossa lei material.

Excluindo do seu âmbito de aplicação apenas o disposto no art. 51.º, que se refere às convenções matrimoniais e regime de bens, conclui-se que o art. 50.º abrange não só as relações de natureza estritamente pessoal, mas também as de natureza patrimonial que não estejam ligadas a um específico regime de bens e que, por isso, valem para todos os casamentos. Como refere Baptista Machado²,

2 JOÃO BAPTISTA MACHADO [1988, 405, nota (1)].

tratam-se das chamadas relações matrimoniais patrimoniais primárias, isto é, aquelas que são reguladas por normas de natureza imperativa que se preocupam em assegurar uma certa unidade de direcção dos interesses do casal ou com uma certa solidariedade entre os cônjuges e que, complementar ou correctivamente, podem também querer garantir uma certa ideia de interdependência entre eles neste ou naquele domínio.

Fazem parte dessas relações o regime de administração dos bens do casal, da casa de morada de família, as ilegitimidades conjugais, a imprescritibilidade das dívidas entre os cônjuges, determinados regimes de responsabilidade por dívidas, entre outros.

Percebe-se que essas relações fiquem sujeitas à lei prevista no art. 50.º pois fazem parte do conteúdo matrimonial fixado independentemente da vontade e das expectativas das partes, ao contrário do que acontece com as relações de natureza patrimonial decorrentes de um regime de bens.

No âmbito das relações matrimoniais de natureza primária engloba-se ainda a possibilidade de os cônjuges celebrarem convenções pós-nupciais, isto é, a questão da mutabilidade ou imutabilidade do regime de bens. É o que resulta do art. 52.º, n.º 1, do CCM, que dispõe que a admissibilidade, substância e efeitos das convenções pós-nupciais e das modificações feitas pelos cônjuges ao regime de bens, legal ou convencional, são reguladas pela lei competente nos termos do art. 50.º.

Entende-se que neste caso a lei resolve directamente um problema de qualificação, considerando que as questões atinentes à mutabilidade ou imutabilidade do regime de bens devem ser qualificadas como pertencentes ao estatuto matrimonial referido no art. 50.º. Segundo o legislador conflitual, a possibilidade de alterar ou não o regime de bens está ainda relacionada com uma certa concepção das relações entre os cônjuges, pelo que deve caber à lei que em cada momento rege essas relações decidir dessa matéria.

Assim, por exemplo, pode um casal português que fixe residência em Macau alterar o regime de bens mediante a celebração de uma convenção pós-nupcial, mas o casal residente de Macau que altere a sua residência para Portugal perderá tal faculdade.

Caberão ainda dentro do âmbito do art. 50.º todas as limitações à liberdade contratual que, no âmbito dos ordenamentos jurídicos que consagram a proibição de alteração dos regimes de bens, visem assegurar essa mesma proibição. É o que acontece com a proibição de contratos de compra e venda entre cônjuges, ou de constituição ou participação de ambos os cônjuges em sociedades em que os dois assumem responsabilidade ilimitada, a proibição de doações entre cônjuges quando entre eles vigore o regime imperativo de separação de bens, entre outros, que se encontram no regime português.

Considerando que os regimes matrimoniais não dizem respeito apenas à pessoa dos cônjuges, mas contêm também com interesses patrimoniais de terceiros, dispõe o art. 52.º, n.º 2, que a convenção pós-nupcial em caso nenhum terá efeitos retroactivos em prejuízo de terceiros. Note-se que no direito material de Macau as convenções pós-nupciais só produzem efeitos em relação a terceiros após o seu registo, como resulta do art. 1578.º, n.º 3, conjugado com o art. 1575.º, n.º 1, ambos do CCM.

2.2.2. Regime de bens

Dispõe o art. 51.º, n.º 1, do CCM, que a substância e efeitos das convenções antenupciais e do regime de bens, legal ou convencional, são definidos pela lei da residência habitual dos nubentes ao tempo da celebração do casamento. Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, não tendo os nubentes a mesma residência habitual, é aplicável a lei da primeira residência conjugal. O direito internacional privado de Macau reflecte, assim, a dimensão pessoal e contratual da matéria dos regimes de bens matrimoniais.

Muitos ordenamentos jurídicos, como o francês e o belga, permitem, com maiores ou menores restrições, a escolha, expressa ou presumida, da lei para reger o regime de bens. O próprio direito inglês, apesar de não conhecer a noção de regime de bens a nível material, admite no plano conflitual a escolha da lei para reger o património conjugal, que na falta de escolha será a do domicílio dos cônjuges, embora apenas no que respeita aos bens móveis, pois, quanto aos imóveis os mesmos permanecem com o seu estatuto próprio baseado no princípio da *lex rei sitae*.

O nosso legislador de conflitos, não deixando de dar relevância ao lado institucional, não esqueceu também a ampla liberdade reconhecida às partes na fixação do regime de bens e nas convenções matrimoniais, pelo que, escolhendo a mesma lei que rege as relações familiares para reger o regime de bens – uma conexão pessoal – fixa essa lei no momento da celebração do casamento, exactamente por ser aquela à luz da qual as partes conformaram o conteúdo do seu regime de bens ou da sua convenção nupcial. Portanto, eventuais alterações do estatuto familiar não provocarão, por si só, alterações no regime matrimonial adoptado, respeitando-se, desta forma, a vontade das partes de fixação ou conformação desse conteúdo e as expectativas que criaram ao fazê-lo, expressa ou tacitamente.

Assim, será sempre a lei da residência habitual dos cônjuges ao tempo da celebração do casamento, ou, na falta dela, a lei da primeira residência conjugal, a reger o conteúdo da relação jurídica matrimonial ligada a um específico regime de bens até ao momento em que essa relação termine, ou até que as partes decidam alterar o regime de bens através de uma convenção pós-nupcial, caso o seu estatuto

conjugal assim o permita.

Fazendo um paralelismo com o direito transitório, dispõe o art. 31.º, n.º 2, do Decreto Preambular do CCM, que os casamentos anteriores submetidos por lei anterior a determinado tipo legal de regime de bens, seja a título imperativo, seja a título supletivo, continuam sujeitos a esse tipo de regime de bens, até a sua eventual alteração pelo casal, mas com o conteúdo de que ele é provido pelo Código Civil actual.

Pode dizer-se que o legislador de direito transitório não foi totalmente fiel à ideia do respeito pela lei do momento da constituição na medida em que o conteúdo do regime de bens passa a ser o provido pela nova lei. Ora, se nos regimes imperativos esta solução não levanta quaisquer dúvidas, a mesma já não é tão líquida no que respeita ao regime supletivo. Com efeito, a escolha do regime supletivo não pode deixar de ser vista como uma escolha esclarecida, pelo que o conteúdo do regime de bens deveria permanecer o mesmo, isto é, conforme modelado pela lei vigente ao tempo do casamento, até a sua eventual alteração pelos cônjuges.

Cabe à lei definida no art. 51.º regular qual o regime de bens legal, imperativo ou convencional, bem como os efeitos directos desse particular regime de bens sobre as relações patrimoniais dos cônjuges. Cabe-lhe assim regular as ilegitimidades conjugais que se prendem com um particular regime de bens, assim como os poderes especiais de administração e disposição dos bens pertencentes a cada um dos cônjuges nos termos desse mesmo regime. Compete-lhe ainda decidir sobre as presunções de propriedade dependentes do particular regime de bens e quanto às garantias por créditos decorrentes do funcionamento do mesmo regime.

Note-se que a obrigação de observar um regime imperativo é regulada pela lei referida no art. 50.º, mas a manutenção da imperatividade e a possibilidade de alteração já dependem da lei prevista no art. 52.º, que remete, como já se viu, para o art. 50.º.

Nota ainda para a necessidade de compatibilizar e adaptar o regime de bens com a lei da situação dos imóveis, designadamente quanto estes se encontrem localizados em ordenamentos que não conhecem a noção de regime de bens ou que não reconhecem determinadas situações jurídicas criadas sobre os bens decorrentes do regime matrimonial adoptado.

No que respeita às convenções matrimoniais propriamente ditas, decorre do art. 48.º que quem tem capacidade para celebrar matrimónio tem também capacidade para as celebrar. É também a lei referida nesse artigo que rege a falta e os vícios da vontade na celebração dessas convenções. Já a lei aplicável à forma é a definida no art. 35.º, como acontece com qualquer outro negócio jurídico sobre o qual não haja disposição especial.

A admissibilidade de regimes de bens convencionais e a amplitude

da liberdade deixada às partes na fixação do seu conteúdo são também da competência da lei indicada no art. 51.º. É, pois, esta lei que cabe estatuir quanto à admissibilidade ou não de determinadas cláusulas, se os nubentes podem ou não optar por qualquer regime ou se a sua liberdade se resume a um regime-tipo. É a mesma lei que define se os nubentes podem fixar o regime per *relationem*, isto é, mediante uma referência material a um regime conhecido de uma lei estrangeira ou se essa remissão não é permitida, como acontece no nosso sistema.

Nos termos do art. 51.º, n.º 3, sendo um dos nubentes residente de Macau e não sendo a lei de Macau a aplicável, os cônjuges podem adoptar um dos regimes previstos na lei de Macau.

Quanto às convenções pós-nupciais, já o sabemos, a sua admissibilidade depende da lei prevista no art. 52.º, que remete para o art. 50.º, sendo certo que não podem ter efeitos retroactivos.

3. Divórcio

3.1. Lei reguladora do divórcio

De acordo com o art. 53.º do CCM, ao divórcio é aplicável o disposto no art. 50.º.

A remissão feita pelo art. 53.º para o art. 50.º, mandando aplicar ao divórcio a lei que rege o estatuto conjugal, é natural. Com efeito, se é essa a lei que regula o estatuto matrimonial, deve ser também ela a regular as situações em que a relação matrimonial pode ser extinta. De resto, os problemas do divórcio contêm com a própria concepção do casamento e da família. Por outro lado, sendo essa a lei que estabelece os deveres dos cônjuges, deverá ser ela também a indicar as consequências da sua violação, sendo que uma delas pode ser a atribuição ao cônjuge inocente da faculdade de pedir o divórcio.

O art. 53.º engloba não apenas o divórcio tal como é conhecido no nosso sistema, como também todas as formas de extinção com eficácia *ex nunc* da relação jurídica matrimonial, ou seja, todos aqueles institutos que, no âmbito do respectivo ordenamento jurídico, desempenham função idêntica àquela desempenhada pelo divórcio no nosso direito.

O divórcio é um campo propício à actuação da ordem pública, designadamente no afastamento de fundamentos não previstos pelo direito interno ou de formas de divórcio que pressupõem uma desigualdade de tratamento entre os cônjuges. Diversamente, entende-se que a ordem pública não tem nesta matéria um sentido positivo, impondo a decretação do divórcio em casos que a lei estrangeira não o reconheça. Porém, a nosso ver, a ordem pública deverá também

intervir impondo a decretação do divórcio se a decisão de não o decretar resultar na “importação” de uma violação do princípio da igualdade entre os cônjuges. Será, por exemplo, a situação em que, nas mesmas circunstâncias, o outro cônjuge teria direito a ver decretado o divórcio.

Não é, porém, frequente o foro local ser chamado a decretar divórcios com base numa lei exterior, mas sim reconhecer divórcios decretados no exterior, através da acção especial de reconhecimento de decisões proferidas no exterior de Macau, situação em que a actuação da ordem pública é mais atenuada.

Por se utilizar uma conexão móvel na indicação da lei aplicável ao divórcio, podem levantar-se problemas relacionados com a mudança do estatuto familiar. Por exemplo, põe-se a questão de saber se ao aplicar a lei do estatuto actual, como lhe cumpre, o tribunal pode atender a factos que se verificaram antes da mudança de estatuto e que constituem motivos de divórcio apenas face ao actual.

No âmbito do antigo Código esta questão era abordada e resolvida directamente pelo legislador através do art. 55.º, n.º 2, que estabelecia que tais factos só seriam atendíveis se, ao tempo da sua verificação, por força da lei anterior familiar, já tinham idêntica relevância. O Código actual não tem idêntica norma, talvez por se ter aceite a posição que via nela uma limitação do direito ao divórcio, consagrando, em certos casos, a aplicação cumulativa do novo e antigo estatutos.

Porém, Baptista Machado já defendia que, rigorosamente, a norma não visava aplicar cumulativamente duas leis, nem sequer impedir a aplicação do novo estatuto familiar a factos passados³. Com efeito, era seguro que a lei competente para reger o divórcio era a lei do novo estatuto familiar, pelo que nada impedia que se aplicasse a lei actual a factos passados se, à luz da lei do novo estatuto, teriam tido por efeito o rompimento da vida conjugal ou comprometido de forma irremediável a vida em comum.

Assim, o que se pretendia com a norma em questão era não sancionar com o divórcio um facto que não o era pela lei aplicável ao estatuto conjugal no momento da sua prática. A norma valia, pois, apenas para o chamado divórcio sanção, ou seja, para as situações em que o divórcio constituía uma sanção ao cônjuge por violação dos seus deveres conjugais. Já não valia para o chamado divórcio remédio, pois, neste caso, é da exclusiva competência da lei actual determinar em que casos se deve entender que a vida familiar se acha irremediavelmente comprometida, aparecendo o divórcio como um remédio. Também daí resultava que se o fundamento em causa, admitido pela lei actual, fosse um facto duradouro, que se verificava tanto ao abrigo do estatuto antigo como do novo, não havia que atender senão ao estatuto actual.

Terá sido, pois, uma menos adequada interpretação da norma em questão

3 JOÃO BAPTISTA MACHADO (1988, 415).

que levou à sua retirada. No entanto, parece que tal não impede que se chegue à mesma solução, até por aplicação analógica das regras de sucessão de leis no tempo e do princípio da não retroactividade de normas de carácter sancionatório. Assim, no caso de mudança do estatuto familiar, tratando-se de divórcio sancionatório, deve ter-se presente o princípio da não retro valoração de condutas, ou seja, da não aplicação de normas sancionatórias a factos que ocorreram fora do seu âmbito de aplicação, já que se trata de um princípio elementar de direito.

Competindo à lei prevista no art. 53.º, como se disse, definir os fundamentos do divórcio, cabe-lhe também estabelecer, se for o caso, os prazos a partir dos quais se pode exercer o direito ou a faculdade de requerer o divórcio ou após os quais se perde a faculdade ou direito a requerer o divórcio por prescrição ou caducidade.

Por exemplo, cabe a essa lei definir a duração da separação de facto que constitui, por si só, fundamento do divórcio, o prazo a partir do qual os cônjuges podem pedir o divórcio por mútuo consentimento ou de prescrição ou caducidade do direito a requerer o divórcio com base na violação de um dever conjugal.

Porém, nessa matéria, também a sucessão de estatutos levanta alguns problemas.

As situações em que a lei fixa um prazo, a partir do qual se pode exercer um direito ou uma faculdade não levantam grandes dúvidas.

Assim, por exemplo, se o novo estatuto vem consagrar um prazo mais longo para que a separação de facto seja considerada fundamento objectivo de divórcio, ou para que os cônjuges possam pedir o divórcio por mútuo consentimento, é este novo prazo que se aplica, computando-se nele, no entanto, todo o período anteriormente decorrido. Ou seja, nesses casos a solução é a mesma que o legislador de direito material consagra para a sucessão de leis em matéria de prazos.

Se, pelo contrário, o novo estatuto vem consagrar um prazo mais curto, também é esse novo prazo que se aplica, embora aqui, diferentemente do que se passa na sucessão de leis sobre prazos, deve computar-se todo o tempo decorrido antes da mudança de estatuto de modo a respeitar-se plenamente o novo estatuto.

Exemplificando novamente, se de acordo com um determinado ordenamento, o prazo a partir do qual os cônjuges já separados de facto podem requerer o divórcio com base nessa separação é de seis anos, mas, passados três anos após a separação, fixam a sua residência em Macau, qualquer deles pode imediatamente requerer o divórcio, uma vez que, de acordo com a lei de Macau, essa faculdade pode ser exercida a partir de dois anos de separação. É esta, aliás, a solução adoptada pelo art. 32.º do Decreto Preambular do CCM em matéria de normas transitórias.

Também no que se refere aos prazos de caducidade de acções de divórcio, a regra é de que se aplicam os prazos consagrados no novo estatuto. Há, no entanto, situações duvidosas. É o caso, por exemplo, de o prazo de caducidade do novo

estatuto ser mais curto e já se estar esgotado no momento da mudança de estatuto. Neste caso, a aplicação do prazo do novo estatuto, como é de regra, leva a que o direito ao divórcio se perca pela simples mudança de estatuto.

É certo que isso também acontece quando o novo estatuto desconheça um fundamento de divórcio reconhecido pela lei anterior. Porém, como adverte Baptista Machado, as situações são diferentes pois, na hipótese de mera discordância quanto aos prazos, o fundamento é reconhecido por ambas as leis. Assim, com algumas dúvidas, parece ser razoável a solução proposta por Baptista Machado de se adoptar, para estes casos, a mesma solução consagrada pelo direito material para a sucessão de leis sobre prazos, em que a lei nova consagra um prazo mais curto. Ou seja, pode aplica-se o prazo mais curto previsto no novo estatuto, mas começando-se a contá-lo a partir da mudança de estatuto, a não ser que, segundo o antigo estatuto, falte menos tempo para o prazo se completar.

Também duvidosa é a situação inversa, ou seja, em que o novo estatuto consagra um prazo de caducidade mais longo, que ainda não se esgotou, quando já se havia esgotado ao abrigo do estatuto antigo. Nesta hipótese, entende-se que o prazo pura e simplesmente já se esgotou, extinguindo-se definitivamente o direito a pedir o divórcio, ou entende-se que este direito renasce sob o novo estatuto.

Baptista Machado, baseando-se no art. 55.º, n.º 2, do Código Civil português, entendia que nos casos de divórcio sanção deve adoptar-se a primeira solução, defendendo que se a violação de um dever conjugal verificada sob o império do estatuto antigo não era passível de sanção com o divórcio, também não o devia ser se, sob o império daquele estatuto, havia perdido, por qualquer motivo, a sua relevância.

Tal solução, baseada na *ratio legis* do art. 55.º, n.º 2, do Código Civil Português, é mais difícil de defender hoje em Macau já que, como se disse, essa norma não tem correspondência no CCM. Não obstante, pelas razões atrás expostas, pensamos que pode ser ainda defensável, para os casos de divórcio sanção, pois a fixação de um prazo mais longo ou mais curto de caducidade de uma acção punitiva de um facto, é ainda um aspecto pertinente à valoração do facto. Assim, se ao abrigo da lei aplicável no momento da sua prática, essa conduta já tinha perdido relevância jurídica para efeitos sancionatórios, não pode depois considerar-se renascida essa relevância, pelo facto de haver uma mudança de lei.

3.2. Efeitos do divórcio

Nem todas as consequências do divórcio são regidas pela lei referida no art. 53.º do CCM pois algumas delas são simples repercussões do divórcio noutras relações.

É o que acontece, desde logo, com a partilha dos bens que é regida pela lei

das convenções antenuciais ou pós-nupciais referidas nos arts. 51.º e 52.º. No entanto, as disposições que tenham carácter sancionatório do cônjuge culpado com reflexos na partilha, como, por exemplo, às que se referem a perdas de vantagens patrimoniais, fazem parte do estatuto do divórcio. O mesmo acontece com a atribuição da casa de morada de família, se a sua atribuição na sequência do divórcio tiver uma componente sancionatória.

A questão do estabelecimento do poder paternal na sequência do divórcio também não pertence ao estatuto do divórcio, sendo matéria da competência da lei referida no art. 55.º do CCM. Mas, também aqui, as disposições que, porventura, retirem ao cônjuge culpado a guarda dos filhos ou o poder paternal a título de sanção pertencem ao estatuto do divórcio, sem prejuízo da ordem pública ou da salvaguarda do superior interesse do menor.

Relativamente à questão de saber se um dos cônjuges pode continuar a usar o nome do outro, tem-se entendido que cabe à lei do divórcio regulá-la. No entanto, parece dever ser a lei pessoal do cônjuge que pretende continuar a usar o nome que deve regular a questão. Quanto ao prazo inter-nupcial (prazo a partir do qual qualquer dos cônjuges pode contrair novo matrimónio), hoje anacrónico face aos meios técnicos de determinação da gestação e da paternidade, é da competência da lei pessoal de cada um dos antigos cônjuges.

O direito à indemnização pelos danos do divórcio é também da competência da lei do divórcio, que cabe decidir da sua existência, limites e condições.

4. Filiação

4.1. Constituição da filiação

Também aqui, dada a natureza institucional da relação da filiação, a sua constituição é regida por uma lei que se mantém fixa, a lei pessoal do progenitor ao tempo da constituição, enquanto o conteúdo é regido por uma lei que pode variar, como decorre do art. 55.º. Resulta do art. 54.º do CCM que independentemente da situação familiar do filho ou dos progenitores, cabe sempre à lei pessoal do progenitor reger a constituição da filiação. Esta regra vale quer em relação à mãe quer ao pai e, relativamente a este, independentemente se se tratar de perfilhação ou reconhecimento judicial.

O legislador de Macau não adoptou a solução do Código anterior que mandava aplicar a lei nacional comum da mãe e do marido desta, no caso de constituição da filiação relativamente a filho de mulher casada. Tal solução, muito criticada, tinha como objectivo submeter à mesma lei o problema do reconhecimento da paternidade ou perfilhação por terceiro e a presunção de

paternidade do marido da mãe. Prevaleceu, na legislação de Macau, o interesse fundamental da constituição da relação paterno-filial.

Cabe à lei competente nos termos do art. 54.º definir quais as modalidades de constituição da filiação, os pressupostos do reconhecimento judicial, a aptidão para perfilhar ou para ser perfilhado ou circunstâncias em que pode ou não haver perfilhação, bem como todos os demais requisitos substanciais do acto.

Cabe-lhe também regular os meios de prova de impugnação da paternidade e da maternidade. Nos casos de reconhecimento judicial da maternidade e, sobretudo da paternidade, em que as presunções legais e os meios de prova admitidos em juízo assumem um relevo particular, suscita-se a questão de saber se algumas das questões relativas à prova devem ser sujeitas à lei do foro ou à lei da causa. O entendimento correcto parece ser o de que as presunções legais, a admissibilidade ou não de certos meios de prova e o seu valor probatório devem ser da competência da lei da causa, pois são questões substanciais e não processuais⁴. Pertence ainda ao âmbito da lei referida no art. 54.º a definição dos prazos e a legitimidade activa e passiva para as acções de reconhecimento judicial ou investigação oficiosa da paternidade.

A eventual existência de uma dupla presunção de paternidade conflituante, que pode verificar-se no caso de constituição de filiação relativamente a filho de mulher que passou a segundas núpcias, deve resolver-se pela lei de material de Macau por se tratar de um conflito insolúvel no plano conflitual, a exemplo do consagrado no art. 25.º, n.º 2, do CCM, para as presunções de sobrevivência.

Há ainda que levar em conta o consagrado no art. 57.º, relativamente ao consentimento do perfilhando.

Note-se que se o ordenamento jurídico relevante não exige qualquer acto formal para a constituição da filiação porque esta decorre automaticamente da lei, na eventualidade de uma mudança de estatuto pessoal, essa constituição por via legal deve ser respeitada.

4.2. Relações entre pais e filhos

De acordo com o art. 55.º, n.º 1, do CCM as relações entre pais e filhos são reguladas pela lei da residência habitual comum dos pais e, na falta desta, pela lei pessoal do filho. Ao optar, a título principal, pela residência habitual comum dos pais, a lei dá prevalência ao interesse da unidade familiar.

O n.º 2 trata das situações em que a filiação se acha estabelecida apenas relativamente a um dos progenitores, caso em que manda aplicar a lei pessoal deste. Se um dos progenitores tiver falecido aplica-se a lei do sobrevivente.

4 JOÃO BAPTISTA MACHADO (1988, 426).

O conceito quadro do art. 55.º é essencialmente preenchido pelos poderes e deveres que decorrem do poder paternal, competindo, portanto, à lei aí indicada, regular, desde logo, a atribuição desse poder, o seu exercício, a exclusão e inibição, a sua extinção, e, bem assim, os poderes e deveres pessoais e patrimoniais que dele derivam, designadamente, o poder de representação, administração de bens e educação do menor.

Compete ainda a essa lei decidir o domicílio legal dos filhos, a obrigação de alimentos fundada na relação paterno-filial e outras obrigações com esta conexas.

Já fora do âmbito dessa lei fica a maioridade e a emancipação, que é regida pela lei pessoal do próprio filho. Também de fora fica o instituto da inabilitação dos incapazes porquanto este cabe na previsão do art. 29.º do CCM, que se refere à tutela e institutos análogos.

5. Adopção

5.1. Constituição da adopção

Nos termos do art. 56.º, n.º 1, do CCM, à constituição da filiação adoptiva é aplicável a lei pessoal do adoptante, sem prejuízo do disposto nos n.ºs 2 e 3.

De acordo com o n.º 2, se a adopção for realizada por marido e mulher ou o adoptando for filho do cônjuge do adoptante, é competente a lei da residência habitual comum dos cônjuges, ou, na falta desta, a lei do lugar com a qual a vida familiar dos adoptantes se ache mais estreitamente conexas. Este desvio privilegia a lei familiar, o que é perfeitamente compreensível, uma vez que a adopção é realizada no âmbito familiar e, com a sua constituição, o adoptado passará a integrar a família do adoptante ou dos adoptantes. O n.º 3 limita-se a estender, com as necessárias adaptações, o disposto no n.º 2 às adopções realizadas no âmbito de uma união de facto, o que se justifica plenamente.

A adopção é uma relação de natureza pessoal que, ao ser constituída, torna-se idêntica à relação paterno-filial, pelo que se justifica a escolha da lei pessoal do adoptante ou da família deste. Porém, há ainda que levar em conta a relação existente entre o adoptado e a sua família de origem.

Com efeito, pode dar-se o caso de a lei da família de origem desconhecer a adopção ou, conhecendo-a, não a aceitar se não estiverem reunidas determinadas condições. Assim, a concordância das duas leis torna-se necessária para que a relação nasça e se consolide sem a coexistência de duas relações paralelas e incompatíveis entre si ou para que não venha a ser mais tarde posta em causa pelo adoptado ou pela sua família de origem.

A adopção é, pois, um dos casos em que a exigência de uma conexão

cumulativa - a lei da família de origem e a lei do adoptante - é necessária de modo a criar uma relação estável e que permita extinguir ou limitar a relação pré-existente entre o adoptado e a sua família de origem. Ou seja, a utilização de uma conexão cumulativa permite evitar, na expressão de Lima Pinheiro⁵, adopções “coxas”.

De resto, normalmente encontra-se consagrado nos ordenamentos dos diversos países o princípio da subsidiariedade segundo o qual uma criança não pode ser adoptada por estrangeiros ou não residentes quando existam condições para que seja adoptada localmente.

Por outro lado, tal como acontece em várias matérias do estatuto pessoal, as diferenças de regulamentação material da adopção tendem a ser acentuadas, reflectindo as idiosincrasias de cada país ou região e a sua maior ou menor abertura a novos conceitos de família, nos quais a adopção assume papel de destaque, designadamente, como forma de suprir a incapacidade de os casais homoafectivos terem filhos de forma natural ou, pelo menos, sem recurso a dispendiosas e sofisticadas técnicas de procriação assistida. Como já se referiu, por princípio, o direito internacional privado não toma partido relativamente à regulamentação material, pois não procura aplicar a melhor lei sob esse ponto de vista, cabendo-lhe antes respeitar as diferenças existentes, as quais, aliás, estão na sua razão de ser, enquanto direito formal de conflitos.

Acresce ainda que os Estados tendem a ter cuidados vários na adopção internacional de modo a acautelar que a mesma seja feita tendo em conta o interesse superior da criança e no respeito pelos direitos fundamentais que lhe são reconhecidos pelo direito internacional. Por vezes, esses cuidados tendem até a ser exagerados ou os procedimentos excessivamente burocratizados, fruto de desconfianças, mais ou menos justificadas, dos países de origem das crianças, por via de regra, países pobres e de alta taxa de natalidade, relativamente aos países receptores, ricos e com baixa taxa de natalidade.

Aliás, os princípios da subsidiariedade, da preponderância do interesse da criança na adopção e do respeito pelos seus direitos fundamentais resultam da Convenção Internacional relativa à Protecção das Crianças e à Cooperação Internacional em Matéria de Adopção Internacional, feita na Haia em 29 de Maio de 1993, vigente em Macau.

Assim, o Código Civil anterior dispunha que se a lei competente para regular as relações entre o adoptando e a sua família de origem não conhecer o instituto da adopção, ou não o permitir em relação a quem se encontre na situação familiar do adoptando, a adopção não é permitida. O legislador de conflitos de Macau, porém, entendeu não consagrar tal exigência, que parece de todo razoável no sentido de evitar as tais adopções “coxas”, desconhecendo-se as razões para tal.

5 LUÍS DE LIMA PINHEIRO (1999, 277).

Cabe à lei referida no art. 56.º, n.ºs 1 a 3 definir todos os pressupostos da adopção, nomeadamente, quem pode ser adoptado, quem pode ser adoptante, as idades mínimas ou máximas dos adotantes e adoptados, se pode haver adopção por famílias homoafectivas e as demais circunstâncias em que a adopção pode ser efectuada. Quando a lei pessoal do adoptando exija o seu consentimento, essa exigência deve ser respeitada, como decorre do art. 57.º do CCM.

Note-se que, no nosso sistema, a adopção é um acto judicial, pelo que uma adopção internacional só pode ser constituída em Macau se os tribunais locais forem internacionalmente competentes para o processo. Assim, também no que se refere a uma adopção constituída no exterior, a mesma só pode produzir os seus efeitos próprios e plenos em Macau após ser reconhecida através de uma acção de reconhecimento judicial da decisão de adopção, salvo no caso de vigorar em Macau uma convenção internacional que disponha em sentido contrário. Nesta matéria não se aplica o art. 30.º, n.º 6, do CCM, precisamente por a adopção não ser constituída por negócio jurídico.

Relembra-se, no entanto, que no reconhecimento de sentença exterior a Macau segue o sistema de mera delibação, pelo que não há uma revisão de mérito, mas apenas se verifica se estão cumpridos determinados requisitos de ordem formal para que a decisão seja reconhecida. Por outro lado, não obsta ao reconhecimento judicial de uma adopção realizada no exterior o facto de a mesma ter sido decretada por uma entidade não judicial, desde que essa entidade, no respectivo ordenamento, tenha competência para o efeito.

5.2. Relações entre adoptante e adoptado

As relações entre o adoptante e o adoptado são regidas pela lei pessoal do adoptante, como resulta do art. 56.º, n.º 4. Justifica-se a escolha desta lei na medida em que entre o adoptante e o adoptado estabelece-se uma relação idêntica à relação paternal. No caso de a adopção ter sido realizada no âmbito familiar ou de unidos de facto, aplica-se a lei da residência habitual comum dos adoptantes ou, na falta desta, a lei pessoal do adoptado. Se um dos adoptantes vier a falecer, aplica-se a lei pessoal do sobrevivente. É esse o sentido da remissão que o art. 56.º, n.º 4, faz para o art. 55.º. Em qualquer dos casos utiliza-se uma conexão móvel, como é próprio das relações institucionais, no que respeita à regulação do seu conteúdo.

Mais problemática é a utilização da mesma conexão móvel para determinar a lei competente para reger as relações entre o adoptado e a sua família de origem, que resulta também do art. 56.º n.º 4.

Na verdade, ao utilizar-se uma conexão móvel para reger essas relações, a constituição da adopção não tem o efeito de as cristalizar, podendo extinguir e renascer, ampliar ou diminuir o seu conteúdo com as mudanças de estatuto pessoal

do adoptante ou do seu estatuto familiar, isto é, podem ir variando consoante o dispositivo legal daquela que, em cada momento, for considerada a lei pessoal do adoptante ou que rege o seu estatuto familiar.

A utilização de uma conexão móvel nesta circunstância cria uma instabilidade que não parece justificar-se. Julga-se, pois, que a manutenção ou não de relações entre o adoptado e a sua família de origem, bem como a sua amplitude, deveria ser definida pela lei da constituição da adopção, ficando assim fixados os seus efeitos no que respeita a essas relações. Na verdade, foi com base nessa lei que os progenitores (caso tivessem condições para tal) analisaram ou deveriam ter analisado as consequências da adopção no que respeita à sua ligação futura com o adoptado e, conhecedores ou devendo conhecer delas, concordaram com a adopção. Foi também com base nessa lei e tendo em conta o que a mesma estabelecia no que respeita às ligações futuras, ou inexistência delas, entre o adoptado e a sua família de origem que o adoptante ou adoptantes basearam a sua decisão de adoptar.

Também o professor Baptista Machado⁶ defende que deveria ser a lei da constituição da adopção a reger as relações entre o adoptado e a sua família de origem pois, segundo o autor, trata-se de uma simples repercussão da constituição da adopção sobre as relações familiares pré-existentes ou de efeitos secundários da adopção intimamente conexos com os seus efeitos primários. Assim, deveria ser a lei da constituição da adopção a decidir da manutenção ou não de determinadas ligações entre o adoptado e a sua família de origem, sobre a cessação total do poder paternal por parte dos progenitores, a cessação da tutela pré-existente ou sobre a extinção da obrigação alimentar entre o adoptado e os seus progenitores.

Note-se que é essa a solução que resulta da Convenção relativa à Protecção das Crianças e a Cooperação em Matéria de Adopção Internacional, feita na Haia em 29 de Maio de 1993, nos termos referidos adiante.

Porém, face à redacção do art. 56.º, n.º 4, deve entender-se que o legislador de Macau optou decididamente pela lei pessoal do adoptante, ou se for o caso, lei familiar, para reger as relações entre o adoptado e sua família de origem, pelo que será aquela que for a lei pessoal do adoptante ou a lei familiar no momento relevante a decidir da existência e amplitude dessas relações.

É também a lei pessoal do adoptante que cabe decidir sobre a possibilidade de revogação da adopção. Mas já a sua nulidade ou anulação é da competência da lei da constituição.

5.3. Adopção internacional

Em matéria de adopção são também relevantes a Convenção relativa à

6 JOÃO BAPTISTA MACHADO (1998, 429).

Protecção das Crianças e a Cooperação em Matéria de Adopção Internacional, feita na Haia em 29 de Maio de 1993 e o Decreto-Lei n.º 65/99/M, de 25 de Outubro.

A regulamentação contida no Decreto-Lei n.º 65/99/M, de 25 de Outubro, aplica-se sempre que Macau seja um dos ordenamentos interessados na adopção, quer como local de origem – quando o menor é residente de Macau –, quer como receptor – quando o adoptante seja residente de Macau. Trata-se de uma regulamentação material e não conflitual de adopções internacionais.

No que respeita à adopção de menor residente habitual de Macau por residentes no exterior, o art. 162.º, n.º 1, do referido diploma, consagra o princípio da subsidiariedade, segundo o qual, quando se mostre viável a adopção em Macau de menor residente habitualmente em Macau, não é permitida a sua colocação no exterior com vista à adopção. As excepções a este princípio verificam-se quando o menor seja da nacionalidade do adoptante ou filho ou pupilo do seu cônjuge ou unido de facto. A lei considera viável a adopção em Macau quando, à data do pedido de confiança judicial, existam candidatos residentes habitualmente em Macau cuja pretensão se apresente com probabilidade de vir a proceder em tempo útil, tendo em atenção o interesse do menor.

Nos arts. 163.º e seguintes regula-se o processo e a tramitação de adopção do menor residente habitual de Macau por residentes habituais no exterior.

Diz o art. 163.º que a manifestação da vontade de adoptar é dirigida directamente ao organismo oficial de acção social pelos serviços competentes do país ou Território da residência habitual do candidato ou por intermédio de entidade autorizada a exercer actividade mediadora nesta matéria, que deve apreciar da sua viabilidade no prazo de 10 dias e comunicar a decisão à entidade que haja remetido a pretensão. De acordo com o art. 164.º, n.º 1, a viabilidade concreta da adopção é analisada levando em conta a idoneidade do candidato e as características do menor.

Quando conclua pela viabilidade da adopção, o organismo oficial de acção social envia cópia do relatório ao Ministério Público e providencia para que seja requerida a confiança judicial, na qual o juiz deve pronunciar-se também sobre a viabilidade da adopção e os requisitos de colocação no exterior consagrados no art. 166.º.

De acordo com o art. 166.º, a colocação no exterior do menor pode apenas ser deferida quando: seja prestado consentimento ou se verifiquem as condições que justificam a sua dispensa, nos termos da lei de Macau; os serviços competentes segundo a lei da residência habitual do candidato o reconheçam como idóneo e a adopção do menor em causa como possível no respectivo país ou Território; esteja legalmente previsto um período de convivência entre o menor e o candidato suficiente para avaliar da conveniência da constituição do vínculo; haja indícios de que a futura adopção apresenta vantagens reais para o adoptando e se funda em motivos legítimos e seja razoável supor que entre adoptante e adoptando se

venha a estabelecer um vínculo semelhante ao da filiação; e a adopção produza os mesmos efeitos que os previstos na lei de Macau.

Nos termos do art. 167.º, decidida a confiança judicial e a colocação no exterior do menor, o organismo oficial de acção social e a entidade competente que remeteu a pretensão desenvolvem as medidas necessárias com vista à obtenção, para o menor, de autorização de saída de Macau e de entrada e permanência no país ou Território onde o candidato resida.

Segue-se o período de pré-adopção, durante o qual o organismo oficial de acção social acompanha a evolução da situação através de contactos regulares com a entidade competente do país ou Território da residência habitual do candidato, conforme dispõe o art. 168.º. Quando desse acompanhamento se conclua que a situação não corresponde ao interesse do menor, devem ser tomadas as medidas necessárias à sua protecção, pondo-se em prática um projecto de vida alternativo que salvaguarde aquele interesse.

O organismo oficial de acção social providencia para que, decidida a adopção no exterior, lhe seja remetida cópia da decisão, que é comunicada ao juiz que tenha decidido a confiança judicial do menor, conforme dispõe o art. 169.º.

De acordo com o art. 170.º, à revisão de decisão proferida por entidade competente do exterior de Macau que decida da adopção do menor é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto no Código de Processo Civil. Confere-se, no entanto, legitimidade ao Ministério Público para requerer a revisão, devendo fazê-lo sempre que a revisão não tenha sido requerida pelos adoptantes, no prazo de três meses contados da data em que a decisão se tenha tornado inimpugnável. Consagra-se ainda, no processo de revisão, a preservação do segredo de identidade na citação, nas notificações e no acesso aos autos, nos termos do art. 1837.º do CCM.

Os arts. 171.º e seguintes regulam o processo inverso, ou seja a adopção por residente habitualmente em Macau de menor residente habitualmente no exterior. A candidatura é apresentada junto do organismo de acção social oficial de Macau que procede ao estudo da viabilidade com vista a concluir sobre a aptidão do candidato para a adopção, após o qual, se favorável, a candidatura é transmitida às entidades competentes do país de origem do adoptando.

Segue-se, também aqui, um período de pré-adopção, durante o qual a situação do menor é acompanhada pelo organismo de acção social, que vai prestando à entidade competente do país ou Território de residência do menor as informações relativas a essa situação. Decidida a adopção, a decisão é comunicada às entidades competentes do país da anterior residência do menor.

O art. 176.º regula a situação especial em que, após o reconhecimento pelo organismo de acção social da aptidão da candidatura de adopção apresentada por residente de Macau, da lei do país ou Território de residência do menor resulte que a adopção deve ser promovida directamente pelo candidato e, ou, que a

adopção deve ser decidida por entidade desse país ou Território, destacando-se o acompanhamento da situação pelo organismo de acção social na prestação de apoio ao candidato e o reconhecimento automático em Macau da decisão de adopção que vier a ser proferida.

Também a Convenção relativa à Protecção das Crianças e a Cooperação em Matéria de Adopção Internacional, feita na Haia em 29 de Maio de 1993, não se preocupa tanto com as questões conflituais, sendo uma convenção marcadamente de direito internacional privado material.

Conforme resulta do seu art. 1.º, a Convenção tem por objecto estabelecer garantias para assegurar que as adopções internacionais se efectuem tendo em consideração o interesse superior da criança e no respeito pelos direitos fundamentais que lhe são reconhecidos pelo direito internacional, estabelecer um sistema de cooperação entre os Estados Contratantes para assegurar o respeito de tais garantias e, assim, prevenir o rapto, venda e tráfico de crianças e assegurar o reconhecimento, nos Estados Contratantes, das adopções realizadas em conformidade com a Convenção.

A Convenção aplica-se às situações de adopção com transferência internacional de menor e quando o Estado da residência habitual do adoptando, o Estado de origem, e o Estado da residência habitual do adoptante, Estado receptor, sejam partes. A mesma apenas abrange as adopções que estabeleçam um vínculo de filiação, conforme resulta do seu art. 2.º.

Nela encontram-se consagrados os princípios e regras a observar na adopção internacional, entre os quais se destaca o princípio da subsidiariedade já referido e o princípio da liberdade do consentimento para a adopção.

Quanto ao consentimento, realça-se exigência de o mesmo dever ser gratuito, esclarecido, designadamente no que se refere à manutenção ou extinção dos vínculos com a família de origem, por escrito, e, no que respeita ao consentimento da mãe, quando exigido, de o mesmo só ser válido após o nascimento da criança. A Convenção tem, pois, em conta a situação dos Estados que normalmente são os de origem, como se disse, normalmente mais pobres, de modo evitar abusos, nomeadamente de ofertas económicas generosas em troca de uma adopção que não põe o interesse da criança em primeiro plano.

A Convenção faz uma repartição de competência entre as autoridades do Estado receptor e do Estado de origem quanto à verificação das condições mínimas da adopção e acompanhamento da situação no período de pré-adopção.

Nela encontra-se consagrada a regra do reconhecimento automático da adopção entre os Estados contratantes, salvo no caso de manifesta violação da ordem pública, e, mesmo neste caso, deve ter-se em conta o interesse da criança. Quer isso dizer que a actuação da ordem pública pode ser limitada pelo interesse da criança.

Da adopção realizada nos termos da Convenção nasce o vínculo da filiação e o poder paternal dos adoptantes relativamente ao adoptado.

Relativamente às relações pré-existentes entre o adoptado e a sua família de origem, dispõe a Convenção que o vínculo da filiação se extingue se a adopção produzir tal efeito no Estado contratante em que teve lugar. Quando uma adopção realizada no Estado de origem não tiver por efeito a extinção do vínculo da filiação previamente existente, tal adopção poderá ser convertida no Estado receptor que reconhece a adopção em conformidade com a Convenção numa adopção que produza tais efeitos se a lei do Estado receptor assim o permitir e os consentimentos exigidos tiverem sido obtidos.

De qualquer modo a Convenção vai no sentido da cristalização dos efeitos da adopção relativamente aos vínculos com a família de origem com referência ao momento da constituição ou ao momento da conversão, quando esta seja possível nos termos do art. 27.º.

6. União de Facto

De acordo com o art. 58.º, os pressupostos e os efeitos da união de facto são regulados pela lei da residência habitual comum dos unidos de facto. Na falta de residência habitual comum, é aplicável a lei do lugar com o qual a situação se ache mais estreitamente conexa. Assim, cabe a essa lei fixar os pressupostos da união de facto e definir os efeitos da mesma.

Já quanto aos efeitos indirectos da união de facto os mesmos são da competência da lei reguladora da relação jurídica que atribui à união de facto esses efeitos indirectos. Assim, por exemplo, cabe ao estatuto sucessório definir se a união de facto tem ou não efeitos sucessórios.

Uma questão que, à semelhança do casamento, a norma levanta é a de saber se a mesma abrange também as uniões de facto homossexuais.

A nível do direito material poucas dúvidas parecem existir quanto a não admissibilidade da relevância jurídica da união de facto homossexual.

A nível conflitual, a primeira dúvida é se no conceito quadro do art. 58.º cabem as uniões de facto homossexuais. Parece-nos que valem aqui as considerações tecidas a propósito do casamento, não estando, pois, abrangidas as uniões homossexuais, que, no entanto, hão-de ser sempre tratadas como questões pertinentes ao estatuto pessoal, portanto, sujeitas à lei pessoal.

Em matéria de reconhecimento também a dúvida se coloca por razões de ordem pública. No entanto, aqui já nos parece que não ofende à ordem pública o reconhecimento de uma união de facto homossexual nem, muito menos, dos seus efeitos indirectos.

7. Sucessões

7.1. Considerações gerais

A complexidade da regulamentação material do direito sucessório – por contender com domínios de vários outros ramos de direito, como o das pessoas, das coisas, da família, e, no caso da sucessão voluntária, dos actos e negócio jurídicos –, vai reflectir-se no plano conflitual, a começar na escolha do elemento de conexão determinativo da lei que deve reger os seus diversos aspectos.

Com efeito, sendo uma matéria de carácter marcadamente pessoal, o que aponta para uma conexão desta natureza, não se pode deixar de atribuir relevância, por exemplo, à lei da situação dos bens que compõem a herança, mormente quando se tratam de imóveis, e, na sucessão voluntária, à lei pessoal do *de cujos* ao tempo da declaração de vontade com efeitos dispositivos *mortis causa*, quando esta não coincida com a sua lei pessoal ao tempo da morte, bem como à lei do local dessa declaração, no que respeita à sua forma legal.

Relativamente ao chamado estatuto sucessório *tout court*, ou seja, o estatuto sucessório básico ou legal, a determinação da lei aplicável é feita com base no princípio da distinção entre sucessão mobiliária ou imobiliária ou no princípio da aplicação de uma lei única a todo o património da herança.

A distinção entre sucessão mobiliária e imobiliária tem as suas origens históricas no direito feudal. Os senhores feudais não podiam permitir que a sucessão das suas terras pudesse ser afectada se um dos seus vassallos adquirisse um domicílio estrangeiro. Assim, passou-se a distinguir a sucessão imobiliária, a qual deveria ser sempre sujeita à lei da situação dos bens, da sucessão mobiliária, que poderia ser sujeita à lei pessoal do autor da herança, esta então entendida como a do seu domicílio. Esta distinção foi adoptada pelas escolas estatutárias e, embora esteja praticamente abandonada no plano do direito material, permanece ainda no plano conflitual em todas as partes da *Commonwealth* e em alguns países como a França, Estados Unidos, Bélgica e Áustria. Também a China a acolheu no plano conflitual na lei que estabelece os Princípios Gerais de Direito Civil, aprovada em 12 de Abril de 1986, no seu art. 149.º.

O princípio da aplicação unitária de uma lei a todo o património da herança funda-se, por sua vez, na concepção da sucessão universal desenvolvida pelo direito romano justinianeu, baseada na ideia de que o falecido e o seu herdeiro são, em certo sentido, uma pessoa, sendo o segundo uma espécie de continuação da personalidade do primeiro. Não obstante essa ideia de continuidade da personalidade ser rejeitada, sobretudo na hipótese corrente de existência de vários herdeiros, a concepção unitária da herança impôs-se, sobretudo por razões de ordem prática, significando que o património de uma pessoa, incluindo as suas

dívidas, se transfere para os herdeiros como um todo: os herdeiros sucedem numa universalidade e não nos bens individualizados da herança.

Nos ordenamentos que consagram a aplicação unitária de uma lei a todo o património hereditário existe uma outra conhecida divergência que remonta ao surgimento do conceito de estado-nação, que tem que ver com a definição da lei pessoal, entre os que consideram ser a lei da nacionalidade e os que aplicam a lei da residência habitual ou do domicílio. Podendo, sob o ponto de vista conflitual, serem apontadas vantagens e desvantagens a uma ou a outra, a verdade é que a opção dos ordenamentos jurídicos por uma delas não é normalmente ditada por critérios conflituais, mas por razões de ordem política, designadamente demográficas, notando-se que os países de forte imigração tendem a optar pela residência habitual ou domicílio enquanto os países tradicionalmente de emigração tendem a adotar a lei da nacionalidade.

As vantagens de utilização de uma única lei para reger toda a sucessão legal são evidentes. Designadamente, facilita a administração da herança enquanto os bens não forem adjudicados aos herdeiros, permite o cálculo e a partilha de toda a herança ao abrigo de uma mesma lei, evita problemas de qualificação dos bens que pode surgir da aplicação de leis diferentes, que um testamento possa ser aceite quanto ao seu conteúdo numa lei e não seja noutra, ou ainda, que um herdeiro renuncie a herança ao abrigo de uma lei e não o faça por outra. Em suma, como refere, João Gomes de Almeida, a aplicação unitária de uma lei tem a vantagem da previsibilidade, simplificação e redução de custos relacionados com a partilha e administração da herança⁷.

O nosso legislador optou pela aplicação ao estatuto sucessório legal de uma única lei, a lei pessoal do autor da herança ao tempo do seu falecimento, com as referidas vantagens daí decorrentes, dando primazia aos interesses da pessoa do autor da sucessão, e, portanto, à sua vontade real ou hipotética. De resto, é a tese que o legislador acolhe em termos gerais, ao incluir no âmbito do estatuto pessoal a regulamentação da sucessão por morte, como decorre do art. 24.º do CCM. Note-se, no entanto, que o nosso sistema propicia muitas vezes a aplicação de duas ou mais leis à sucessão, por via do reenvio, incluindo o retorno, nos termos do art. 18.º. Tal acontece em todas as situações em que façam parte da herança bens imóveis situados em vários ordenamentos jurídicos e a lei pessoal do autor da sucessão manda aplicar à sucessão imobiliária a lei da situação dos bens.

Debateu-se na doutrina portuguesa o problema de saber se nos inventários abertos em território português deveriam ser relacionados bens situados no estrangeiro, sobretudo tendo em conta as dificuldades que os tribunais dos territórios da situação dos bens podem levantar à execução das decisões tomadas

7 JOÃO GOMES DE ALMEIDA (2012, 12).

pelos tribunais portugueses. Hoje, porém, tanto a doutrina como a jurisprudência inclinam-se para a solução afirmativa, considerando que nenhuma disposição legal exclui a competência dos tribunais portugueses para a partilha dos bens em causa, que, por isso, devem ser relacionados e partilhados nos processos de inventário que correm em Portugal. Esta posição é válida para Macau e também para a hipótese inversa, ou seja, de num inventário realizado no exterior serem relacionados e partilhados bens imóveis sítos em Macau. Com efeito, os tribunais de Macau, no seguimento da doutrina e jurisprudência portuguesa com legislação semelhante, não colocam obstáculos ao reconhecimento de decisões de partilha proferidas por tribunais exteriores a Macau versando sobre bens imóveis sítos em Macau, desde que estejam preenchidos os demais requisitos de reconhecimento de sentenças proferidas por tribunais do exterior de Macau.

No entanto, não se pode deixar de reconhecer a importância da *lex rei sitae* (mesmo quando não aplicável por via do reenvio), a qual deve ser sempre levada em conta no momento da partilha, sob pena de possível ineficácia das decisões nela tomadas, uma vez que o direito atribuído a um dos interessados pode não ser aceite ou reconhecido na lei da situação dos bens.

Outra distinção importante de direito material com reflexo no plano conflitual é a que se faz entre a *sucessão legal* e a *sucessão voluntária*.

Com efeito, quase todos os ordenamentos jurídicos reconhecem no plano material essa distinção, pelo que no plano conflitual também há que distinguir o estatuto sucessório básico ou legal do estatuto da disposição, de modo a que quando estes dois estatutos não sejam coincidentes, os aspectos ligados à conduta declarativa sejam apreciados à luz da lei aplicável ao tempo dessa conduta e, tanto quanto possível, sejam respeitados os actos tidos como válidos e eficazes ao abrigo dessa lei.

7.2. Sucessão legal

Relativamente ao estatuto sucessório básico ou legal, dispõe o art. 59.º do CCM que a sucessão por morte é regulada pela lei pessoal do autor da sucessão ao tempo do falecimento deste, competindo-lhe também definir os poderes do administrador da herança e do executor testamentário.

Assim, ao estatuto sucessório básico cabe, em geral, regular todas as questões relacionadas com a abertura, devolução, transmissão, partilha da herança e, ainda, os poderes do administrador da herança e do executor testamentário.

O facto que determina a sucessão é, em toda a parte, a morte física, real ou presumida, e só essa releva para o nosso direito. As presunções de morte e de sobrevivência devem ser reguladas pela lei pessoal, embora haja quem considere tais presunções como verdadeiras regras de devolução sucessória. A distinção entre

lei pessoal e lei sucessória pode ser relevante nos casos em que a lei aplicável à sucessão não seja a lei pessoal, designadamente no caso de aceitação de reenvio ou retorno de competência na sucessão imobiliária.

Pertence também ao estatuto sucessório básico a regulação da capacidade sucessória passiva, ou seja, a definição de quem tem capacidade para adquirir *mortis causa*. Assim, é essa lei que cabe definir se o nascituro, concebido ou não, tem capacidade sucessória ou se o Estado, ou outra pessoa colectiva, constituída ou não, tem essa capacidade. A mesma lei regula também as chamadas indisponibilidades relativas, designadamente, se podem ser instituídos como herdeiros testamentários ou legatários certas pessoas como os tutores, médicos, enfermeiros, sacerdotes, filhos adulterinos, cúmplices do adultério, entre outros, sem prejuízo de, nalguns destes casos, poder intervir a ordem pública.

À mesma lei cabe definir as classes sucessíveis e a sua hierarquia, como se faz a divisão, o direito de representação, se existem e quem são herdeiros obrigatórios ou legitimários e a quota da legítima. Cabe-lhe ainda definir as causas de indignidade sucessória e outros factos dos quais deriva a exclusão de um herdeiro legal ou testamentário.

Considera-se que o direito do cônjuge sobrevivente a ser alimentado pelos bens da herança – o apanágio do cônjuge sobrevivente – é um direito de natureza alimentar e não sucessória, pelo que é da competência do estatuto familiar. Também certos direitos alimentares atribuídos a pessoas que dependiam do falecido, consagrados sobretudo nos ordenamentos que permitem uma ampla liberdade de testar, parece deverem ser considerados como pertinentes ao estatuto familiar. De qualquer modo, nesses casos, e quando o estatuto familiar não coincida com o estatuto sucessório, deve-se compatibilizar esses dois estatutos de modo a, por um lado, garantir a protecção que, quer por via sucessória, quer por via alimentar, é reconhecida por ambos os estatutos, e, por outro, evitar uma dupla protecção que não se justifica ou não resulte de nenhum deles.

Em princípio, cabe à lei sucessória regular a questão da colação na medida em que se trata de matéria respeitante às operações de partilha e relacionada com a existência de certos tipos de herdeiros. No entanto, como lembra Baptista Machado, nesta matéria parece que não se pode deixar de levar em conta o estatuto sucessório hipotético, isto é, a lei pessoal do doador ao tempo da doação. Pelo menos, parece dever ser por essa lei que se deverá determinar em que casos a colação presume-se dispensada e quem eram na altura os presuntivos herdeiros sujeitos à colação, sob pena de serem frustradas legítimas expectativas dos donatários.

Com efeito, como se sabe, a colação é a operação pela qual o cônjuge ou descendentes do falecido que pretendam entrar na sucessão restituem à massa da herança os bens ou valores que lhes foram doados por aquele, para efeitos de

igualação da partilha. Assim, subjacente à colação está a ideia de que a doação feita em vida foi uma espécie de antecipação da partilha e que o doador não quis beneficiar nenhum dos futuros ou presuntivos herdeiros legítimos. Ora, se a lei pessoal do autor da herança no momento da doação não conhecia o instituto da colação não podia contar com ela, pelo que não se pode dizer que tenha sido intenção do doador fazer uma espécie de partilha antecipada ou que não pretendia beneficiar o donatário.

Essa solução nada parece ter de absurdo nem ser violadora da lei reguladora da sucessão que consagra a colação pois, como se sabe, os ordenamentos que consagram esse instituto normalmente prevêm também a possibilidade da sua dispensa, permitindo assim o benefício de um dos presuntivos herdeiros.

Também em matéria de colação há que considerar a lei da situação dos bens quando o estatuto sucessório imponha a restituição à herança dos bens já alienados pelo donatário e o estatuto real imponha apenas a restituição do valor, pois essa restituição contende com interesses de terceiros e com o regime dos direitos reais.

7.3. Sucessão Voluntária

7.3.1. Testamentos

Na sucessão voluntária o facto designativo é constituído por uma declaração de vontade, que tanto pode ser um testamento (situação mais frequente), como um pacto sucessório.

Não obstante o facto designativo ser constituído pela vontade, tal não significa que se tem necessariamente de atender à lei contemporânea desse facto pois o estatuto sucessório, que é determinado pelo momento da morte, é sempre competente para fixar os factos designativos, mesmo que estes sejam passados. Simplesmente, quando o facto designativo é uma conduta declarativa, há certos aspectos dessa conduta, tais como as formalidades e capacidade, que têm de ser regulados pela lei do tempo da sua verificação.

Quanto à conduta declarativa, ressalvados que sejam os interesses que a lei sucessória visa tutelar, deve ser regida pela lei que as partes deviam e podiam ter consultado para garantir a validade da disposição, ou seja, por uma lei contemporânea desta. Assim, em matéria de sucessão voluntária, tendo em conta a possibilidade de mudança de estatuto, há que considerar quer o estatuto legal quer o estatuto da disposição.

No que diz respeito ao testamento, formalmente, o mesmo apresenta-se como um negócio jurídico completo com a sua celebração. Porém, substancialmente, só se torna completo com a morte. Só nesse momento ele se torna juridicamente eficiente e as disposições nele contidas se tornam relevantes.

Como referia Savigny, citado por Baptista Machado⁸, o testador age em dois momentos diferentes: no momento da feitura do testamento, sendo esta conduta uma actividade de facto, e durante todo o período posterior até ao momento da morte, enquanto se abstém de modificar ou revogar o testamento, sendo esta conduta omissiva uma verdadeira actividade jurídica.

Daí que, como também refere Baptista Machado, não se pode sustentar que o conteúdo do testamento deva ser apreciado pela lei contemporânea do acto, por ser esta lei que o testador conhecia ou devia conhecer e com o qual o testador se deveria ter conformado. Sendo igualmente errado defender-se que o testamento, para ser válido, deva obedecer cumulativamente à lei contemporânea do acto e à lei vigente ao tempo da morte do testador. O que se deve é distinguir, como se disse, os aspectos que pertencem ao estatuto da declaração daqueles que são da competência do estatuto sucessório básico.

Quanto aos aspectos substanciais pertinentes à conduta declarativa, diz o art. 60.º que a capacidade de testar é regulada pela lei pessoal do autor ao tempo da declaração. O mesmo vale relativamente à capacidade para modificar ou revogar o testamento. Decidindo directamente um problema de qualificação, a mesma norma estabelece que depende ainda dessa lei a exigência de uma forma especial estabelecida em razão da idade do disponente. Tem-se em vista aqui as disposições legais que exigem para a validade dos testamentos de menores que eles sejam feitos por forma notarial ou através do tribunal.

O art. 61.º, n.º 2, estabelece que aquele que tenha capacidade para fazer uma disposição por morte, não perde essa capacidade em caso de mudança de lei pessoal, mesmo que a sua nova lei não lhe reconheça tal capacidade. Trata-se no fundo da mesma solução consagrada para capacidade em termos gerais, ou seja, a regra segundo a qual uma vez capaz (ou maior) sempre capaz (ou maior).

O art. 61.º prevê ainda que cabe a lei pessoal do autor da herança ao tempo da declaração regular a interpretação das respectivas cláusulas e disposições, salvo se houver referência expressa ou implícita a outra lei.

Há quem veja nesta última parte da norma a admissibilidade de escolha da lei reguladora da interpretação das disposições *mortis causa*. No entanto, não parece ser esse o caso. Parece que o legislador apenas quis salvaguardar a necessidade de atender a outras ordens jurídicas quando o disponente se referir a bens, situações ou institutos específicos de uma ordem jurídica da sua lei pessoal. A referência expressa ou implícita será tida em conta como elemento de interpretação para determinar o sentido da declaração negocial⁹. No fundo, trata-se da mesma ideia que está presente no art. 2024.º do CCM, segundo o qual, na

8 JOÃO BAPTISTA MACHADO (1988, 439).

9 JOÃO GOMES DE ALMEIDA (2012, 92) e LUÍS DE LIMA PINHEIRO (1999, 142).

interpretação do testamento, deve observar-se o que parecer mais ajustado com a vontade testador, conforme o seu contexto.

A falta e vícios da vontade das disposições *mortis causa* são também regulados pela lei pessoal do autor da sucessão ao tempo em que aquelas foram efectuadas.

Já é da competência da lei sucessória regular as questões relativas à própria liberdade de testar, não só pelo que respeita a existência ou não de legítima ou quota indisponível, mas também a quaisquer outras limitações a essa liberdade, quer relativos à pessoa do testador, quer à pessoa do herdeiro testamentário ou legatário.

É também da competência do estatuto sucessório a admissibilidade de certas cláusulas, a capacidade passiva, as questões relativas à indignidade e às indisponibilidades relativas. A substituição fideicomissária é também da competência do estatuto sucessório, sem prejuízo da necessidade da sua compatibilização com as disposições relevantes da *lex rei sitae*.

Quanto à caducidade do testamento decorrente de factos como o casamento, o nascimento de um sucessível legítimo, o divórcio, entre outros, entende-se que é também do domínio do estatuto sucessório, embora possa estar em causa um problema de interpretação da vontade do testador, caso em que vale a lei pessoal do autor da declaração ao tempo desta.

7.3.2. Pactos sucessórios e testamentos de mão comum

Ao contrário dos testamentos, os pactos sucessórios, como contratos que são, produzem efeitos vinculativos para as partes logo que celebrados. Daí que devam merecer um tratamento diferente dos testamentos a nível do direito de conflitos.

Designam-se como pactos sucessórios os pactos institutivos ou *de succedendo*, os pactos renunciativos ou *de non succedendo* e ainda os pactos dispositivos ou de *sucessione tertii*. Este último é um acto pelo qual alguém aliena a futura herança ou o futuro legado, não sendo, pois, um acto no qual participa o autor da sucessão. Assim, não é um acto que nos interesse neste contexto.

Os pactos de *non succedendo* são convenções mediante os quais alguém renuncia a herança de pessoa viva ou antecipadamente a repudia. Embora mereçam o mesmo tratamento e devam ser considerados pactos sucessórios, não se trata de verdadeiros negócios jurídicos *mortis causa* mas sim de actos inter-vivos com repercussão na herança. Os pactos *de succedendo* são os verdadeiros negócios jurídicos *mortis causa* que determinam ou influenciam positivamente a devolução da herança.

Muitas legislações, como a nossa, não admitem a constituição contratual de herdeiro, outras admitem-na apenas em certas hipóteses e outras ainda a admitem

nos mais amplos termos. A lei portuguesa, por exemplo, admite-a apenas no âmbito das convenções antenupciais, como, de resto, acontecia em Macau na vigência do Código Civil de 1966.

Nos termos do art. 61.º do CCM, a admissibilidade dos pactos sucessórios é da competência da lei da disposição, isto é, da lei pessoal do autor da sucessão ao tempo da declaração. Se várias pessoas fizerem disposições por morte no mesmo contrato à validade das mesmas é aplicável a respectiva lei pessoal, isso sem prejuízo, da ressalva do art. 61.º, alínea c), que remete para os arts. 51.º e 52.º. Essa ressalva significa que se o pacto sucessório estiver inserido numa convenção nupcial será tratado como pertinente à matéria das convenções nupciais nos termos dos arts. 51.º e 52.º.

Ou seja, o legislador de Macau, não obstante, no plano material, ter acabado praticamente com os pactos sucessórios, inclusivamente a nível das convenções nupciais, dando assim prevalência à livre revogabilidade das disposições *mortis causa*, no plano conflitual manteve a prevalência do princípio do *favor matrimonii* sobre o princípio da livre revogabilidade das disposições *mortis causa* que já vinha do Código anterior.

Cabendo à lei pessoal do momento da declaração regular a admissibilidade ou não dos pactos sucessórios, cabe-lhe regular também a sua força vinculativa. Quanto à capacidade, representação, falta e vícios da vontade, valem para os pactos sucessórios as disposições sobre os testamentos.

No que respeita à liberdade de disposição, a lei aplicável é a do estatuto sucessório legal, tal como acontece para os testamentos. No entanto, se o que estiver em causa for uma restrição à liberdade de fazer disposições *mortis causa* por via contratual, deve-se entender que aplicável será a lei da disposição.

Se a lei da disposição não admitir pactos sucessórios, os mesmos não poderão ser considerados válidos, mesmo que a lei sucessória os admita. Porém, à semelhança do que acontece no direito material, nada impede que, estando reunidos os demais requisitos, o pacto possa ser convertido em deixa testamentária desde que o estatuto sucessório admita essa possibilidade.

Os testamentos de mão comum são testamentos através dos quais duas ou mais pessoas dispõem por morte num único acto. Podem ser recíprocos – caso em que os testadores se contemplam um ao outro como herdeiros – ou meramente conjuntos. As disposições podem ou não ser correspectivas – quando as disposições de cada um dos co-testadores é determinada pela do outro ou posta na dependência do outro.

Segundo algumas legislações, o testamento recíproco, nas hipóteses em que é admitido, vincula em maior ou menor grau os co-testadores ainda em vida de ambos ou, após a morte de alguns deles, vincula o sobrevivente em certos termos. Nestes casos, o testamento de mão comum merece o mesmo tratamento

dos pactos sucessórios como decorre do art. 61.º, alínea c). Porém, a lei sujeita todos os testamentos de mão comum ao mesmo tratamento dos pactos sucessórios uma vez que as legislações que proibem os testamentos conjuntos, tal como a de Macau, fazem-no, em certa medida, pelas mesmas razões pelas quais proibem os pactos sucessórios, ou seja, porque afectam a liberdade e a espontaneidade das disposições *mortis causa*. Daí que a questão da admissibilidade ou não dos testamentos de mão comum é tratada como pertinente à substância e não à forma do acto.

7.3.3. Actos *inter vivos* com repercussão na sucessão

Encontramos ainda, quer no direito local, quer no direito comparado, alguns actos *inter vivos* com repercussão na sucessão ou, mais propriamente, na distribuição da herança. Vejamos alguns exemplos.

a) *Renúncia da herança em vida*

Diferentemente do que acontece com o pacto sucessório e o testamento, a renúncia da herança em vida não actua directamente sobre a devolução da herança pois a sua função é puramente negativa, limitando-se a excluir o renunciante, ou seja, a afastar um fundamento de vocação sucessória. Embora os fundamentos da vocação sucessória e as causas de exclusão desta sejam da competência da lei sucessória, entende-se que a renúncia deve merecer o mesmo tratamento dos pactos sucessórios, isto é, deve ser regida pela lei pessoal do autor da sucessão ao tempo da renúncia. Isto porque, normalmente a renúncia à herança é acompanhada de uma compensação dada ao renunciante pelo autor da sucessão em vida deste, pelo que a confiança do autor da sucessão deve ser merecedora de tutela.

O legislador de Macau admite expressamente a renúncia à qualidade de herdeiro legitimário no âmbito das convenções nupciais, desde que a renúncia seja recíproca, conforme resulta do art. 1571.º do Código Civil. Trata-se, pois, de um pacto sucessório inserido nessas convenções e, portanto, pertinente ao estatuto do regime de bens e das convenções matrimoniais.

É também a lei pessoal do autor da sucessão ao tempo da renúncia que deve definir os seus efeitos, bem como a sua amplitude. Isto é, a renúncia deve ter em conta aquilo que seriam os direitos sucessórios do renunciante à data da renúncia.

b) *Contract to make a will*

Certos ordenamentos jurídicos de influência anglo-saxónica admitem o chamado *contract to make a will*, convenção pela qual o autor da herança se obriga a dispor ou a não dispor por morte de uma certa maneira.

Nesse tipo de contrato, o autor não faz qualquer instituição de herdeiro ou legatário, pelo que, em certo sentido, mantém intacta a sua liberdade de testar. Simplesmente, se viola a convenção, fazendo uma instituição hereditária diversa da que se obrigou, a outra parte pode exercer contra a herança um direito de

indenização.

Apesar do carácter obrigacional da convenção em causa, a mesma contende com interesses dos herdeiros e dos credores da herança e restringe, embora apenas de forma obrigacional, a liberdade de dispor por morte. Por isso, para efeitos de direito de conflitos, tais convenções devem ter o mesmo tratamento dos pactos sucessórios.

c) *Doações e reduções por inoficiosidade*

Nos ordenamentos que consagram herdeiros obrigatórios, as doações *inter vivos* são também actos que podem ter repercussão na sucessão, sendo, em alguns casos, objecto de redução por inoficiosidade. É a lei da sucessão que compete fixar a legítima e os herdeiros legitimários, pelo que deve também ser ela a determinar a necessidade, amplitude e ordem da redução.

Porém, uma doação entre vivos que não seria inoficiosa em face do estatuto sucessório hipotético, ou seja, a lei pessoal do autor da sucessão ao tempo da doação, não deve ser reduzida com base no estatuto sucessório efectivo. Justifica-se essa solução principalmente na confiança do donatário na consistência da doação em face da lei do tempo em que esta se realizou, uma vez que, com base nessa lei, o donatário confiou que o património doado tinha entrado definitivamente na sua esfera jurídica, com ele passou a contar na organização do seu plano de vida e na feita das suas disposições.

7.4. Forma das disposições por morte

O art. 62.º do CCM refere-se à forma dos negócios jurídicos *mortis causa*, resultando do seu n.º 1 que os mesmos são formalmente válidos se forem observadas na sua feita a forma prevista numa de quatro leis: a lei do local da celebração, a lei pessoal do autor da herança ao tempo da declaração, a lei pessoal do autor da herança ao tempo do falecimento deste e, ainda, a lei para onde remetem as normas de conflito da lei local.

A norma do art. 62.º, n.º 1, é, pois, um exemplo típico de conexão múltipla alternativa e de conexão material ou substancial, na medida em que a escolha de uma das leis alternativas nela previstas é feita em função de um resultado de justiça material, que é o de assegurar a validade formal das disposições *mortis causa*. Está subjacente a esta norma o princípio do *favor negotii*, na modalidade de *favor testamenti*, do qual decorre que se uma disposição *mortis causa* for substancialmente válida deve procurar-se, tanto quanto possível, salvaguardar igualmente a sua validade formal, aplicando qualquer das leis aí previstas que permita atingir tal resultado. Assim, o próprio reenvio feito na última parte da norma deve ser entendido como um reenvio total, no sentido de se aplicar a lei que o ordenamento do local da celebração aplicar, quer porque o que se pretende é

que o acto seja válido, quer porque o autor da declaração pode ter seguido aquela lei na expectativa de a mesma considerar o acto formalmente válido.

Repare-se que as múltiplas leis susceptíveis de aplicação ao abrigo do art. 62.º, n.º 1, permitem que uma mera mudança de estatuto pessoal possa resultar na convalidação formal de uma disposição *mortis causa*. Isto é, pode acontecer que uma disposição *mortis causa* formalmente inválida ao abrigo de qualquer das leis às quais estava sujeita ao tempo da sua feitura venha a tornar-se válida ao abrigo da lei pessoal do autor da sucessão no momento da morte.

Porém, o n.º 2 faz uma ressalva, restringindo, de certa forma, o alcance do *favor testamenti*, ao estabelecer que se a lei pessoal do autor da herança ao tempo da declaração exigir, sob pena de nulidade ou ineficácia, a observância de uma determinada forma, ainda que o acto seja praticado no exterior, será a exigência respeitada. Na norma, o legislador tem em vista as formalidades que pretendem acautelar um adequado processo de manifestação da vontade, dada a importância do acto que se pretende ser de última vontade, pelo que, prevenindo e resolvendo um problema de conflito de qualificações, fixa a prevalência da qualificação substancial sobre a formal. Ou seja, tendo em conta que as formalidades exigidas se prendem ainda com razões de natureza substancial, faz prevalecer a qualificação substancial e em detrimento da qualificação de forma.

Com efeito, há certos ordenamentos que exigem a observância de determinada forma na feitura de testamentos celebrados pelos seus nacionais ou residentes, mesmo quando o acto seja celebrado no exterior. É o caso do ordenamento jurídico de Macau, à semelhança do português, que dispõe, através do art. 2054.º do CCM, que o testamento feito no exterior por residente habitual de Macau com observância da lei exterior competente só produz efeitos em Macau se tiver sido observada forma solene na sua feitura ou aprovação.

Não é consensual o entendimento da expressão “forma solene” usada nesse artigo. De acordo com Baptista Machado¹⁰ e, mais recentemente, João Gomes de Almeida¹¹, referindo-se ao art. 2223.º do Código Civil Português, que, *mutatis mutandis*, tem a mesma redacção, trata-se de forma escrita, o que deixaria de fora apenas os chamados testamentos nuncupativos, ou seja, verbais.

Porém, não parece dever ser este o entendimento. Com efeito, se o que se pretendia com a expressão era meramente a forma escrita, julgamos que o legislador tê-lo-ia dito de forma expressa e simples e não teria recorrido a uma expressão algo pomposa e que faz pressupor que na celebração do acto tem de haver um certo ritual e cerimonial tendentes a garantir que o mesmo é autêntico, ponderado e livre de interferências.

10 JOÃO BAPTISTA MACHADO (1988, 451).

11 JOÃO GOMES DE ALMEIDA (2012, 132).

Por outro lado, se mesmo no que se refere aos testamentos realizados em Macau, o legislador exige sempre a intervenção notarial, e note-se, de um notário público, já que os notários privados estão impedidos de intervir na feitura de testamentos, como decorre do art. 7.º, n.º 1, alíneas a) e b), do Código de Notariado, não fazia sentido que, sendo celebrados no exterior por residentes habituais de Macau, bastasse a simples forma escrita. Parece, pois, dever-se entender que a forma solene a que se refere o art. 2054.º é uma forma que pressupõe a intervenção de um notário ou de quem tenha funções semelhantes nos termos da lei do lugar da celebração, que certifique da liberdade e espontaneidade da declaração da vontade.

Para Pires de Lima e Antunes Varela, esse carácter solene, que a lei exige do acto testamentário, traduz-se na intervenção da entidade dotada de fé pública, seja na elaboração da disposição de última vontade, seja na aprovação por mera delibação das disposições lavradas pelo declarante, sendo, por conseguinte, a intervenção do oficial público com funções notariais que marca o sinal mínimo de autenticidade ou solenidade exigido nesse artigo¹².

Também para Lima Pinheiro, o art. 2223.º do Código Civil Português, ao exigir solenidade na feitura ou aprovação do testamento, aponta claramente para a necessidade de intervenção de uma entidade dotada de fé pública na sua elaboração ou aprovação¹³.

Na doutrina local, é essa também a posição defendida por João Nuno Riquito e Teresa Leong¹⁴, segundo os quais deve entender-se que a forma solene exigida pelo art. 2054.º do CCM é a forma pública ou documento particular autenticado.

Na jurisprudência portuguesa as decisões mais recentes que se conhecem apontam unanimemente no sentido aqui defendido¹⁵.

O art. 62.º, n.º 1, do Código Civil refere-se às disposições por morte, valendo quer para os testamentos como para os pactos sucessórios. No entanto, tem sido defendido por alguma doutrina, designadamente por Baptista Machado¹⁶ que, na medida em que permite a convalidação formal posterior de disposições formalmente inválidas – através da aplicação da lei pessoal do autor ao tempo da

12 PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume VI, Coimbra Editora 1998, p. 356.

13 LUÍS DE LIMA PINHEIRO (1999, 153).

14 JOÃO NUNO RIQUITO e TERESA LEONG (2013, 465).

15 *Vide*, por exemplo, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Junho de 2019, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de Setembro de 2019 e o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 11 de Fevereiro de 2016, todos disponíveis na internet em dgsi.pt. Não se conhece, até agora, nenhuma decisão em Macau sobre a questão.

16 JOÃO BAPTISTA MACHADO (1988, 451).

morte -, a norma não deve aplicar-se aos pactos sucessórios.

Segundo Baptista Machado¹⁷, a norma valerá para os pactos sucessórios, quando muito, nos casos em que o hereditando não tenha, ao aperceber-se da invalidade da disposição que não o vinculava por ser formalmente inválida, disposto de forma diferente, por testamento ou outro pacto sucessório, acerca dos bens da herança.

Assim, segundo o mesmo autor, apesar da letra da lei, não se pode, em matéria de convalidação formal, tratar o pacto sucessório do mesmo modo que o testamento, pois este só é convalidado formalmente por não ter sido revogado ou substituído por outro. De resto, seria absurdo considerar o hereditando vinculado por um pacto nulo e não reconhecer por isso validade a uma disposição sua, posterior àquele.

Bibliografia

SANTOS, António Marques dos, *Colectânea de Textos Legislativos de Fonte Interna e Internacional*, 2.^a Edição Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra 2002;

CORREIA, Ferrer, *Temas de Direito Comercial e de Direito Internacional Privado*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989;

PIRES, Florbela de Almeida, *Conflitos de Leis*, Comentário aos artigos 14.º a 65.º do Código Civil, Coimbra Editora, 2009;

MACHADO, João Baptista, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.^a Edição, Almedina, Coimbra 1988;

ALMEIDA, João Gomes de, *Direito de Conflitos Sucessórios: Alguns Problemas*, Almedina, Coimbra, 2012;

RIQUITO, João Nuno e LEONG, Teresa, *Direito Internacional Privado*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2013;

ROSA, José Carlos Fernandes y LORENZO, Sixto Sánchez, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tercera Edition, Civitas, 1998;

PROENÇA, José João Gonçalves de, *Direito Internacional Privado, Conflitos de Jurisdições e Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras*, 2.^a Edição Revista e actualizada, Lisboa 1992;

PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional privado, Parte Especial*, Almedina, Coimbra 1999;

WOLF, Martin, *Derecho Internacional Privado*, Bosh, Casa Editorial – Urgel, 51 bis – Barcelona, 1958;

17 JOÃO BAPTISTA MACHADO (1988, 451).

SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão, A Constituição da Adopção de Menores Nas Relações Privadas Internacionais, Alguns Aspectos, Coimbra Editora, Coimbra 2000.