CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL JEAN-PIERRE WARNER apresentadas em 22 de Fevereiro de 1979 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

Este processo chega até nós na sequência de um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Bundesgerichtshof, nos termos do protocolo de 3 de Junho de 1971 relativo à interpretação pelo Tribunal de Justiça da convenção de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

A questão suscitada por este pedido relaciona-se com o âmbito de aplicação da convenção e, mais especificamente, com a extensão das excepções que lhe são introduzidas pelo artigo 1.°, segundo parágrafo, n.° 1, em matérias relativas «ao estado... das pessoas singulares» e «aos regimes matrimoniais».

Como é sabido, a convenção só está neste momento em vigor nos Estados-membros originais e as suas únicas versões autênticas são os textos alemão, francês, italiano e neerlandês. Nas nossas conclusões relativas a instrumentos comunitários anteriores a 1973 de que não existe texto oficial em inglês, temos o hábito de nos referir ao texto francês. Todavia, também é sabido que uma outra convenção (a «convenção de adesão») relativa à adesão de novos Estados-membros à convenção de 1968 e ao protocolo relativo à sua interpretação pelo Tribunal de Justiça, foi assinada no Luxemburgo em 9 de Outubro de 1978. Versões da convenção original e do protocolo em dinamarquês, em inglês e em neerlandês encontram-se em anexo a esta convenção de adesão e o seu artigo 37.° dispõe que estas versões «fazem fé nas mesmas condições que os textos originais da convenção de 1968 e do protocolo de 1971». Nestas condições, propomo-nos utilizar nas nossas citações aquele que será o texto inglês fazendo fé, assim que o processo de ratificação da convenção da adesão estiver completo. A vantagem desta maneira de proceder é a de que este texto dá a conhecer em certa medida o pensamento (pelo menos) dos autores da convenção de adesão quanto ao significado da convenção original.

Regressemos aos factos do presente processo

Em 12 de Janeiro de 1977, Jacques de Cavel («marido») intentou no tribunal de grande instance de Paris uma acção de divórcio contra a sua mulher, Luise de Cavel («mulher»). O marido é um cidadão francês que trabalha em Francoforte do Meno. A mulher é de origem alemã. Possuíam um apartamento em Francoforte do Meno e outro em Cannes. Parece que em Novembro de 1976 a mulher retirou do apartamento de Cannes e vendeu em seu proveito alguns tapetes de valor que o marido sustenta pertencerem-lhe. Este pretende também que, quando regressou a Francoforte depois das suas férias em princípios de Janeiro de 1977, verificou que um certo número de objectos tinham igualmente sido retirados do apartamento e do seu escritório. Com base nestas circunstâncias, acrescentou ao seu pedido de divórcio um pedido de medidas cautelares dirigido ao tribunal de grande instance de Paris.

* Língua original: inglês.

Em 19 de Janeiro de 1977, o juiz de família do tribunal ordenou em primeiro lugar a aposição de selos no imóvel e nos objectos que se encontravam no apartamento de Francoforte e num cofre-forte alugado em nome da esposa num banco de Francoforte e, em segundo lugar, o arresto de duas contas bancárias em nome da mulher em bancos de Francoforte. É pacífico, segundo parece, que este despacho foi proferido *ex parte* e por força do artigo 257.° do código civil francês que autoriza o juiz a decretar medidas urgentes, desde que tenha sido apresentado um pedido de divórcio. Durante os debates, foi feita referência ao artigo 220.° do código, que permite adoptar essas medidas independentemente do processo de divórcio, mas um despacho com base neste artigo só pode ser proferido pelo presidente do tribunal, o que não aconteceu com o despacho em causa neste processo.

O marido requereu ao Landgericht de Francoforte que a decisão de 12 de Janeiro de 1977 fosse revestida da fórmula executória nos termos do artigo 31.° da convenção de 1968. Em 3 de Maio de 1977, este órgão jurisdicional indeferiu o pedido com o fundamento de que «o autor não tinha produzido, como exige o artigo 47.° da convenção, os documentos susceptíveis de provar que, segundo a lei do Estado de origem, a decisão é executória e foi notificada».

O marido recorreu para o Oberlandesgericht de Francoforte que, por seu turno, se recusou a apor a fórmula executória na decisão, pelo motivo de as medidas cautelares adoptadas durante o processo de divórcio serem parte desse processo e deverem, consequentemente, ser vistas como medidas relativas ao estado de pessoas singulares que, nos termos do n.° 2 do artigo 1.° da convenção, estão excluídas do seu âmbito de aplicação. Segundo o Oberlandesgericht, pouco importa que o objecto das medidas tenha sido proteger interesses de natureza matrimonial, uma vez que o mesmo parágrafo se refere explicitamente aos «regimes matrimoniais».

O marido recorreu então para o Bundesgerichtshof, que pede ao Tribunal de Justiça que se pronuncie a título prejudicial sobre a questão de saber se, abreviadamente, a convenção de 1968 é inaplicável a um despacho como o proferido pelo juiz francês no caso em apreço, pois trata-se de um despacho acessório a um processo relativo ao estado das pessoas ou aos regimes matrimoniais.

Para efeitos da sua argumentação, a Comissão, o Governo alemão e o Governo do Reino Unido dividiram esta questão em duas partes:

«1) A convenção de 1968 é aplicável a um despacho acessório proferido no decurso de um processo cujo pedido principal não se inscreve no âmbito de aplicação da convenção, mais especificamente, a convenção é aplicável a um despacho relativo a medidas provisórias, proferido no decurso de um processo de divórcio?

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, medidas como as decretadas pelo juiz francês no presente processo dizem respeito ao 'estado de pessoas singulares' ou aos 'regimes matrimoniais' de acordo com o significado destas frases no segundo parágrafo do artigo 1.° da convenção?»

O Governo do Reino Unido sustentou que é necessário responder negativamente à pri-

meira questão. Em apoio da sua tese, avança quatro argumentos principais:

1. Existem grandes diferenças quer quanto às bases com que os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros se consideram competentes em matéria de divórcio, quer quanto aos fundamentos (se os houver) que podem levar à dissolução. Esta é a razão primordial de exclusão do estado das pessoas singulares do âmbito de aplicação da convenção. Encontrando-se as legislações relativas ao divórcio tão profundamente enraizadas em princípios de ordem social, moral e religiosa, pode ser difícil aos órgãos jurisdicionais de um país facilitar aos órgãos jurisdicionais de outro país o exercício dessa competência. É ilógico e contrário ao espírito da convenção exigir, apesar disso, que os despachos acessórios proferidos no exercício da mesma competência sejam tornados executórios pelos órgãos jurisdicionais de um outro país.

2. Uma vez que as acções de divórcio são excluídas da convenção, um órgão jurisdicional que admita essas acções não tem que observar as regras da convenção quanto à sua competência relativamente a pessoas domiciliadas noutros locais da Comunidade. Daqui resulta que um despacho acessório pode ser proferido num processo de divórcio por um órgão jurisdicional que não tem competência para o fazer nos termos da convenção. Não há qualquer meio de controlo, pois o artigo 28.° da convenção proíbe o reexame da base de competência.

3. A competência para proferir despachos acessórios que se inscreve no âmbito de aplicação da convenção deve ser fundamentada nas disposições da própria convenção. Um órgão jurisdicional que exerça a sua competência em matéria de divórcio com uma base que não é autorizada, de modo geral, pela convenção, não tem poder para proferir despachos acessórios deste tipo durante o processo.

4. O artigo 5.° (n.° 2) da convenção atribui competência «em matéria de obrigação alimentar» ao «tribunal do lugar em que o credor de alimentos tem o seu domicílio ou a sua residência habitual». Este artigo foi modificado pela convenção de adesão que acrescenta a seguinte disposição:

«ou, tratando-se de um pedido acessório de uma acção sobre o estado das pessoas, perante o tribunal competente segundo a lei do foro, salvo se esta competência for unicamente fundada na nacionalidade de uma das partes».

Segundo o Governo do Reino Unido, esta modificação teria sido desnecessária se os processos em matéria de obrigações alimentares, acessórios de processos em matéria de estado de pessoas, se inscrevessem já no âmbito da convenção.

São efectivamente argumentos sólidos, especialmente, em nosso entender, o segundo e o terceiro. Todavia, chegámos à conclusão de que, apesar de tudo, as considerações adiantadas pela Comissão e pelo Governo alemão têm um peso superior.

O primeiro parágrafo do artigo 1.° da convenção determina expressamente que a resposta à questão de saber se a convenção se aplica ou não a um caso particular não depende da «natureza da jurisdição» em causa.

As disposições seguintes da convenção parecem-nos mostrar claramente que, de um modo geral, a resposta a esta questão também não pode depender da natureza do processo. O factor determinante é, geralmente, o objecto do processo. Existem excepções expressas a este princípio geral, tais como as relativas às falências e outros processos análogos e à arbitragem, previstas no artigo 1.°, segundo parágrafo, alíneas 2) e 4).

É o que seria de esperar. Seria estranho que a aplicabilidade da convenção dependesse do órgão jurisdicional particular ou do tipo de processo escolhido pelo autor, requerente ou qualquer outra parte; que, por exemplo, no presente processo, a situação fosse diferente se o marido tivesse apresentado o seu pedido ao presidente do tribunal nos termos do artigo 220.° do código civil independentemente do processo de divórcio ou que a possibilidade de executar um despacho da High Court of England, destinado a preservar os bens possuídos em comum pelos cônjuges, dependesse da questão de saber se ele tinha sido proferido pela «Chancery Division» no exercício da sua jurisdição fundada na equidade (como em Waller/Waller, 1967 1 WLR 451) ou pela «Family Division» no decurso de um processo de divórcio.

Em nosso entender, a interpretação feita pelo Governo do Reino Unido do artigo 5.°, n.° 2, da convenção e do efeito da modificação que lhe foi introduzido pela convenção de adesão está errada. Tal como está actualmente, o artigo 5.°, n.° 2, constitui uma excepção à regra geral contida no artigo 2.°, segundo o qual uma pessoa deve ser demandada perante os órgãos jurisdicionais do Estado em que está «domiciliado». O efeito desta excepção é que um «credor (ou uma credora) de alimentos» pode também ser demandado(a) nos órgãos jurisdicionais do Estado em que tem a sua residência habitual. O artigo 5.°, n.° 2, não fala da questão de saber se a convenção se aplica a um despacho em matéria de obrigações alimentares proferido durante um processo de divórcio. O relatório do professor Schlosser sobre o projecto da convenção de adesão (n.° 32) vê a razão desse facto na circunstância de, no momento em que a convenção de 1968 foi redigida, os Estados-membros originais aplicarem ainda o princípio de que os processos em matéria de pensões alimentares não podem ser combinados com processos relativos ao estado das pessoas. No entanto, depois da convenção 1968, extensas reformas do direito de família desses Estados levaram a um número crescente de processos combinados. Pode ver-se o resultado na decisão de 4 de Junho de 1976 do Oberlandesgericht de Karlsruhe em BK/ /PK (2 W 7/76 — Aperçu de jurisprudence sur la Convention de 1968, parte 2, n.° 54). O Oberlandesgericht não teve dificuldade em considerar que um despacho relativo a uma pensão alimentar, proferido pelo tribunal de grande instance de Paris num processo de divórcio, era executório nos termos da convenção. De facto, o Oberlandesgericht considerou que esse aspecto era demasiado evidente para justificar um reenvio ao Tribunal de Justiça. Desse ponto de vista, o efeito da modificação do artigo 5.°, n.° 2, deve ser o de que um órgão jurisdicional de um Estado-membro que não é nem o do domicílio do «devedor de alimentos» nem o do domicílio ou residência habitual do «credor de alimentos» tem poder para proferir um despacho em benefício deste último, desde que esse despacho seja proferido como uma decisão acessória num processo relativo ao estado de uma pessoa, que este Tribunal tem competência para admitir, em conformidade com a sua própria lei e na condição de esta competência não ser exclusivamente baseada na nacionalidade de uma das partes.

A Comissão e o Governo alemão encontraram apoio para a sua interpretação do artigo 1.° (com a qual estamos de acordo) noutras disposições da convenção, designadamente no artigo 42.°, no artigo 5.°, n.° 4, e no artigo 24.°

O primeiro parágrafo do artigo 42.° dispõe:

«Quando a decisão estrangeira se tiver pronunciado sobre vários pedidos e a execução não possa ser autorizada quanto a todos, a autoridade judicial concederá a execução relativamente a um ou vários de entre eles.»

Isto parece querer dizer que, quando uma decisão respeita a matérias que estão submetidas à convenção e outras matérias que lhe não estão submetidas, a execução deve ser decretada para aquelas que lhe estão submetidas. Pareceria incompatível com a maneira como este artigo trata a questão decidir que um despacho acessório relativo a uma matéria submetida à convenção não pode ser executado se ele tiver sido proferido num processo que respeita também as matérias que lhe não estão submetidas.

O artigo 5.° (n.° 4) confere a um órgão jurisdicional a que seja submetido um processo penal competência para conhecer dos pedidos de responsabilidade civil por danos ou de restituição fundados no acto que originou esse processo. É um caso em que a convenção se aplica expressamente a um processo acessório, apesar de o processo principal se situar claramente fora do seu âmbito de aplicação.

Referir-nos-emos ao artigo 24.° mais tarde e noutro contexto. Quanto a este aspecto, ele parece-nos neutro.

Debrucemo-nos sobre a segunda questão.

Parece-nos perfeitamente evidente que um despacho como o proferido pelo juiz francês no presente processo não se relaciona com o estado de uma pessoa singular. Tem unicamente a ver com os seus bens. Assim, a verdadeira questão é a de saber se ele respeita aos «regimes matrimoniais». Ao abordar esta questão, deparamo-nos com duas dificuldades principais.

A primeira é a de que, como a Comissão demonstrou, nem todas as frases que correspondem aos «regimes matrimoniais» nos textos da convenção nas diversas línguas oficiais têm o mesmo significado. Parece que a expressão do texto alemão «ehelicher Güterstandd» é particularmente restritiva.

Em segundo lugar, existe uma grande disparidade mesmo entre os sistemas jurídicos dos Estados originários, entre as regras que regulam as relações patrimoniais entre os cônjuges. Em todos estes Estados, parece que essas relações são regidas por «regimes» consistindo cada uma num conjunto mais ou menos completo de disposições, por exemplo, «comunhão de bens», «separação de bens» ou «comunhão de adquiridos» pelos quais os nubentes devem optar no momento do seu casamento. Em alguns países (por exemplo, na Alemanha) o regime aplicável a um determinado casal pode ser em seguida modificado. Noutros, tal não é possível. Nalguns países (por exemplo, a França) existe um regime designado «regime matrimonial primário», que se aplica independentemente do regime especial escolhido. Noutros países, tal não existe. Acresce que as regras aplicáveis em cada regime diferem de país para país. O resultado é que nunca é possível determinar sem um estudo pormenorizado quais são os direitos de cada cônjuge sobre determinados bens, nem até que ponto esses direitos decorrem do regime geral ou do regime matrimonial em causa. As disparidades aumentarão com a adesão à convenção da Irlanda e do Reino Unido, em que tais regimes são desconhecidos mas em que os direitos de cada cônjuge podem também re-

sultar total ou parcialmente quer do direito geral de propriedade quer da sua posição de cônjuge (e neste último caso total ou parcialmente quer de um «marriage settlement» quer do direito geral aplicável entre cônjuges).

Uma coisa é certa: o próprio objectivo da convenção seria frustrado se, em todos os casos em que é pedida a execução num Estado-membro de uma decisão proferida por um órgão jurisdicional doutro Estado-membro, o órgão jurisdicional em que é requerida a execução devesse investigar em que medida é que os direitos de propriedade a que a decisão dá ou se destina a dar efeito decorrem de um regime matrimonial, de um «marriage settlement», do direito matrimonial geral, do direito geral de propriedade ou talvez de outro ramo do direito geral.

Para que a convenção funcione em conformidade como seu objectivo, o órgão jurisdicional a quem a execução é pedida deve ser capaz de julgar, por assim dizer, à primeira vista, se a decisão é ou não uma decisão a que se aplica a convenção. Além disso, no caso de um despacho relativo a medidas cautelares, como o que aqui está em causa, uma análise daquele tipo seria em vão, já que esse despacho se destina não a dar efeito a direitos de propriedade, mas simplesmente a preservar os bens a que diz respeito, para que seja possível mais tarde decidir utilmente sobre os direitos de cada um dos cônjuges sobre esses bens.

Ao longo dos argumentos que nos foram apresentados, foram discutidas três soluções para o problema.

Uma, que é a solução preferida pela Comissão, é a de dar à expressão «regimes matrimoniais» uma interpretação muito restrita, reduzindo-a às matérias ligadas à adopção, existência ou dissolução de um regime matrimonial e excluir qualquer questão relativa aos direitos provenientes da existência ou dissolução desse regime. Esta solução poderia sem dúvida ser praticável durante o período anterior à entrada em vigor da convenção de adesão e talvez fosse compatível com as quatro versões oficiais actuais da convenção de 1968. Mas já não será praticável depois da entrada em vigor da convenção de adesão e seria inconciliável com o que será então a versão inglesa do artigo 1.° Por outras palavras, iria contrariar as intenções expressas dos autores da convenção de adesão, a menos que se decida que a entrada em vigor da convenção modificará o significado do artigo 1.°

A segunda solução possível era interpretar a expressão «regimes matrimoniais» de modo totalmente literal excluindo todos os direitos subsistentes entre cônjuges que teriam existido entre eles, mesmo que não tivessem sido casados.

Se bem compreendemos estes argumentos, ninguém na realidade sustenta semelhante solução. A sua adopção seria incompatível com o objectivo da convenção no seu conjunto pela razão, que invocámos há pouco, de que exigiria um estudo caso a caso, a desenvolver pelo órgão jurisdicional de execução, das fontes dos direitos a que a decisão se destina a dar efeito.

Resta finalmente a solução defendida pelo Governo alemão (se a entendemos correctamente), pelo Governo do Reino Unido (se bem que resumidamente) e em nome da mulher. Consiste em atribuir à frase um sentido lato, fundando-se no facto de que, na prática, em raros litígios entre cônjuges, relativos aos bens, é provável que o vínculo

conjugal entre eles não desempenhe qualquer função. Um caso em que esse vínculo não tenha qualquer relevância pode seguramente verificar-se mas então esse facto deve ser claramente exposto na decisão e não poderá deixar de o ser se for suficientemente do conhecimento de toda a classe jurídica e dos juízes dos Estados-membros que essa é uma condição prévia para a execução da decisão noutro Estado-membro, nos termos da convenção.

Em nossa opinião, o resultado é que uma sentença ou despacho relativo a um litígio sobre bens entre cônjuges deve ser presuntivamente considerado como situado fora do âmbito da convenção, a menos que o contrário resulte claramente da sentença em especial ou do despacho em causa.

O argumento da Comissão de que esta interpretação deve necessariamente restringir o âmbito de aplicação da convenção não nos escapou.

Só que isso não significa que não seja essa a interpretação exacta, como o demonstrou o acórdão recentemente proferido no processo 133/78 Gourdain/Nadleer, em que um argumento semelhante foi aduzido pela Comissão.

Foi também alegado pela Comissão que esta interpretação seria incompatível com o facto de a convenção se aplicar a despachos em matéria de pensão alimentar. Não o cremos. Os despachos em matéria de pensão alimentar são geralmente despachos que têm em vista um pagamento em dinheiro. Têm um efeito *in personam* e não podem afectar direitos patrimoniais, excepto no caso de ser ordenada uma obrigação alimentar garantida, mas ainda assim a afectação de bens é de natureza limitada e especial.

A Comissão alegou ainda que semelhante interpretação seria incompatível com o facto de os autores da convenção de 1968 se terem deliberadamente afastado do texto da convenção de Haia sobre o reconhecimento e a execução das decisões estrangeiras em matéria civil e comercial, que, nas disposições correspondentes ao artigo 1.°, segundo parágrafo, alínea 1), da convenção de 1968, se refere ao «estado ou à capacidade das pessoas ou a questões de direito da família, incluindo direitos e obrigações pecuniários entre pais e filhos e entre cônjuges». Contudo, basta recorrer ao relatório Jenard sobre o projecto da convenção de 1968 [capítulo III, parágrafo IV (A)] para perceber porque é que os seus autores se afastaram do texto da convenção de Haia. As suas razões nada têm a ver com a presente questão, excepto na medida em que desejaram que a convenção fosse aplicável aos despachos em matéria de obrigações alimentares.

A argumentação apresentada pelo marido assenta quase exclusivamente no artigo 24.° da convenção que determina:

«As medidas provisórias ou cautelares previstas na lei de um Estado contratante podem ser requeridas às autoridades judiciais desse Estado, mesmo que, por força da presente convenção, um tribunal de outro Estado contratante seja competente para conhecer da questão de fundo.»

Em nossa opinião, este artigo não é pertinente, uma vez que só se aplica, por força da convenção, quando a competência quanto ao fundo de uma matéria especial é atribuída aos órgãos jurisdicionais de um «Estado contratante» particular. Por outras palavras, o artigo 24.° não se aplica quando a questão de fundo não entra no âmbito da convenção. Seria de admirar se fosse de outro modo,

pois tal significaria que, nos casos que não se inserem no âmbito de aplicação da convenção, os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros seriam, apesar disso, obrigados a executar despachos provisórios uns dos outros.

Em definitivo, concluímos que em resposta à questão submetida ao Tribunal de Justiça pelo Bundesgerichtshof, o Tribunal declare que um despacho que tem por objecto medidas cautelares, proferido por um órgão jurisdicional de um Estado-membro no decurso de uma acção de divórcio, não está, pela simples razão de ter sido proferido no âmbito de tal processo, fora do âmbito da convenção de 27 de Setembro de 1968, mas que, sempre que o despacho respeite a bens que constituem objecto de litígio entre as partes nesse processo, deve ser considerado como fora do âmbito de aplicação da convenção, a menos que resulte do próprio despacho que os direitos em litígio nasceram independentemente do vínculo conjugal entre as partes.