

A LEI APLICÁVEL À MODIFICAÇÃO DO REGIME DE BENS. ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO STJ DE 12.09.2006.

HELENA MOTA (*)

“É válida, segundo a lei portuguesa, a venda de um prédio realizada por mulher casada com um cidadão alemão e de acordo com a lei portuguesa, sem o consentimento deste, apesar de o respectivo casamento ter sido celebrado segundo o regime de comunhão, se, posteriormente, mas antes do negócio, o regime de bens foi alterado de acordo com a lei alemã.”

SUMÁRIO DO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 12.09.2006, PROCESSO N.º 06A2286 ⁽¹⁾

No Acórdão do STJ de 12.09.2006 discutiu-se a validade da venda de um imóvel situado em Portugal, realizada por uma cidadã portuguesa — a favor de quem o imóvel estava registado — sem o consentimento do marido, de nacionalidade alemã.

Os cônjuges casaram em Portugal no ano de 1969, país onde residiram durante algum tempo, tendo adoptado, ainda nesse ano, residência na Alemanha e aí passado a viver, apesar de terem mantido uma segunda residência em Portugal. O casamento não havia sido precedido de convenção antenupcial mas, já depois da sua celebração, e ainda no ano de 1969,

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

(1) <http://www.dgsi.pt/restore/jstjtt.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f2ca830d7128eb9d802571ed003a44de?OpenDocument>

os cônjuges decidiram outorgar uma convenção segundo a qual adoptavam o regime da separação de bens, acordo esse lavrado em Cartório Notarial, na Alemanha.

O Autor vem alegar a invalidade da venda por violação do art. 1682.º-A, n.º 1, al. a), do CC, que, conjugado com o art. 1687.º do mesmo diploma, determina a anulabilidade da venda de imóveis, próprios ou comuns, por um dos cônjuges sem o consentimento do outro, salvo se estiverem casados em separação de bens; a Ré mulher contesta alegando que, à data da venda, estavam já casados em separação de bens pelo que não lhe fenecia qualquer legitimidade para a realização da mesma.

Dada a internacionalidade absoluta desta situação ⁽²⁾, as instâncias recorreram, e bem, às regras de conflitos de leis no espaço, no caso concreto ao art. 52.º *ex vi* art. 54.º do CC, para determinar a lei aplicável à questão controvertida: a validade da modificação do regime de bens. E, na ausência de uma nacionalidade comum e não dando como provada a existência de uma residência habitual comum (ou duvidando sobre se ela se situava na Alemanha ou em Portugal), tanto o Tribunal de Círculo da Guarda quanto a Relação de Coimbra e o Supremo Tribunal de Justiça decidiram aplicar a última conexão do art. 52.º na versão do Código de 1966 — a lei pessoal do marido, a lei alemã — diploma vigente à data dos factos invocados, *i.e.*, da celebração da convenção de modificação do regime de bens.

Todas as instâncias pugnaram pela constitucionalidade do preceito: a 1.ª instância entendendo que a aplicação da lei pessoal do marido resultava de um comando conflitual neutro e naturalmente imune a qualquer juízo de (in)constitucionalidade e a Relação de Coimbra, apesar de admitir o controlo constitucional da regras de conflitos, entendendo que tal avaliação deveria ser feita através do cotejo entre a regra de conflitos aplicanda e os valores constitucionais plasmados na Constituição de 1933, vigente à data da modificação do regime de bens, momento tido como relevante para a apreciação dos factos e aplicação do dito normativo, posição que viria a ser confirmada pelo STJ no Acórdão agora comentado.

Uma vez justificada a aplicação da lei alemã nos termos do art. 52.º, n.º 2, *in fine* (redacção de 1966) *ex vi* art. 54.º do CC, os cônjuges puderam, ao abrigo do disposto no art. 1408.º BGB, alterar materialmente o

⁽²⁾ Na formulação conhecida de JITTA. Sobre esta classificação, cfr. A. MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata...*, vol. I, p. 8, nota 19, e p. 43, nota 151.

regime de bens do seu casamento, passando do regime supletivo da lei portuguesa (comunhão de adquiridos) para a separação de bens prevista no mesmo ordenamento. Desta forma, a cônjuge mulher, a favor de quem o imóvel vendido estava registado, tinha total legitimidade para realizar a venda sem o consentimento do marido (art. 1735.º), não lhe sendo aplicável o art. 1682.º-A, n.º 1, al. a), do CC.

São, no entanto, várias as questões omitidas quer pelas instâncias quer pelo Supremo Tribunal de Justiça na apreciação desta factualidade e que, a serem suscitadas e discutidas, conduziriam, no nosso modo de ver, senão a uma diferente decisão, pelo menos a uma decisão com diversa fundamentação e que merecem, por isso, a nossa atenção.

E elas são: a) a determinação da lei aplicável quer ao regime de bens vigente neste casamento quer à própria validade da venda; b) a aplicação no tempo das regras de conflitos consideradas; c) a inconstitucionalidade na aplicação da “lei pessoal do marido”; d) a possibilidade da concretização do elemento de conexão “residência habitual comum”; e) os eventuais problemas de qualificação que a aplicação do direito alemão quer no que tange à modificabilidade do regime de bens quer à legitimidade conjugal para a venda de um bem próprio poderiam suscitar. Sobre elas nos detemos:

a) A lei aplicável ao regime de bens e à validade da venda

Segundo o acórdão do STJ aqui analisado, em nenhum momento as instâncias se pronunciaram sobre a lei aplicável à definição do regime de bens em vigor no casamento *sub iudice*. Aparentemente, e dado que o problema central se resumia à validade de uma venda feita à luz de um regime de bens que alegadamente teria sido modificado, a preocupação dos Tribunais recaiu na validade dessa modificação à luz da lei que rege tal alteração, isto é a lei indicada pelo art. 52.º *ex vi* art. 54.º do CC.

No entanto, é necessário lembrar que em primeiro lugar era mister definir o regime de bens em que os cônjuges casaram o que, dada contemporaneidade dos elementos de estraneidade ao momento da celebração do casamento, deveria ser feito à luz da lei reguladora desse regime que era a indicada pelo art. 53.º do CC.

Ora, mesmo não havendo dúvidas sobre ser a lei portuguesa a definidora desse regime, enquanto lei da residência habitual comum à data do casamento (art. 53.º, n.º 2, 1.ª parte, mesmo na versão de 1966), por força da qual, e não tendo os cônjuges celebrado convenção antenupcial, se aplicaria o regime da comunhão de adquiridos (arts. 1717.º e 1721.º e ss.),

a questão não era despcienda. É que, independentemente da validade do acto de modificação do regime de bens, a lei aplicável continuava a ser a lei portuguesa já que a sua conexão é objectiva e imperativa e a modificação de regime a que o art. 54.º do CC se refere tem um sentido exclusivamente material. Isto é, qualquer que fosse o regime de bens escolhido pelos cônjuges na nova convenção, a lei definidora do regime, no caso a lei portuguesa, permanecia aplicável, não permitindo, por exemplo, a derrogação de normas imperativas (por exemplo, as constantes dos arts. 1720.º, 1699.º e 1733.º) nem a simples remissão genérica para um regime de bens estrangeiro, nos termos do art. 1718.º Do mesmo modo, se fosse outra a lei do estatuto patrimonial do casamento — bastava que os cônjuges já residissem na Alemanha nessa data — seriam as normas imperativas dessa lei que se aplicariam e a convenção da modificação material do regime poderia ser autorizada *qua tale* mas poderia não o ser o seu conteúdo, se não respeitasse preceitos imperativos da lei alemã. Mais: neste caso, a própria alteração do regime de bens poderia nem constituir a questão principal, pois por aplicação da lei alemã ao estatuto patrimonial dos cônjuges dependentes do regime de bens *ex vi* art. 53.º, a ilegitimidade conjugal referida, ao não estar considerada na lei alemã, daria razão à Autora, independentemente de os cônjuges permanecerem casados num regime supletivo (da lei alemã) ou de terem aderido ao regime de separação de bens.

Nada resulta nesse sentido (ou em sentido contrário) dos factos dados como provados e admite-se, portanto, que os cônjuges acordaram na aplicação material do regime de separação de bens previsto na lei portuguesa, em perfeita consonância com a lei aplicável nos termos do art. 53.º Fica no entanto o reparo sobre a necessidade de resolver esta questão com primazia sobre a análise da (im)possibilidade de alterar o regime de bens escolhido ou determinado supletivamente.

Por outro lado, também nada resulta das decisões apreciadas sobre a lei aplicável à validade da venda quando essa é, no essencial, a questão controvertida. Isto é, as instâncias partiram do princípio que estava (só) em causa a aplicação do art. 1682.º-A, n.º 1, al. *a*), do CC português cuja estatuição estava dependente do facto de os cônjuges estarem (ou não) casados no regime de separação de bens, resposta por sua vez comprometida pela (in)validade do acto de modificação do regime praticado na Alemanha.

No entanto, as coisas não eram assim tão simples. A lei aplicável à validade da venda era, neste caso, a portuguesa, na medida em que a

norma material invocada se subsume ao conceito-quadro do art. 53.º, já que diz respeito a um efeito patrimonial do casamento que está dependente do concreto regime de bens em que os cônjuges estão casados ⁽³⁾ (“...salvo se entre eles vigorar o regime de separação de bens”, art. 1682.º-A, n.º 1, al. a), *in fine*) e o art. 53.º mandaria aplicar, nesta situação, como já vimos, a lei da residência habitual à data do casamento, ou seja, a portuguesa. Mas acaso o imóvel vendido fosse a própria morada de família, já a questão seria resolvida pela lei indicada pelo art. 52.º, a lei alemã, que contém regras diferentes das portuguesas; e se, no limite, a lei alemã fosse a lei indicada pelo art. 53.º, como imaginámos *supra*, enquanto lei da primeira residência conjugal, sabendo que este ordenamento não prevê qualquer tipo de ilegitimidade deste género, mesmo nos regimes de comunhão, quando estão em causa bens próprios dos cônjuges, sendo irrelevante, nessa hipótese, a modificação do regime de bens, *quid iuris?* A solução poderia ser materialmente a mesma mas a sua fundamentação era diversa: a venda era válida não porque os cônjuges estivessem casados na separação de bens e nos termos da lei portuguesa, nesse regime, não havia ilegitimidade conjugal mas porque a lei competente para regular os seus regimes de bens, a lei alemã, permitia a venda mesmo que continuassem casados na comunhão de adquiridos.

O tratamento conflitual destas questões era necessário ainda que, como por *mera* coincidência acontece nesta factualidade, o resultado fosse o mesmo. Não poderiam ser, sem mais, descartadas pois ao fazê-lo estar-se-á a viciar a lógica e o método da resolução do conflito de leis.

b) A aplicação no tempo das regras de conflitos

Há, relativamente à questão de saber se dever-se-iam aplicar as regras de conflitos vigentes à data dos factos relevantes ou as regras de conflitos actuais, um silêncio estranho por parte das instâncias; tal omissão foi parcialmente corrigida pelo STJ que, no entanto, não se referiu à polémica sobre a questão, dada a ausência de disposição expressa do legislador conflitual num ou noutro sentido. Ora, na medida em que as regras de conflitos visadas — os arts. 52.º *ex vi* art. 54.º e 53.º — sofreram alterações na sua redacção com a Reforma de 77, ou seja, já depois da ocorrência destes mesmos factos (quer o casamento quer o acto de modificação

⁽³⁾ Sobre este critério de qualificação, cfr., por todos, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de direito internacional privado*, Coimbra, Almedina, 3.ª ed., 1992, p. 409.

do regime de bens ocorreram em 1969), era necessário tomar posição nesta matéria em vez de assumir como certa a irretroactividade das regras de conflitos e a aplicação da regra de conflitos antiga.

Na verdade, não se tendo o legislador conflitual referido expressamente quanto à aplicação das regras de conflitos no tempo, a doutrina sempre a questionou e se dividiu sobre a mesma. Baptista Machado ⁽⁴⁾, por exemplo, entende que a regra de conflitos, como *regulae decidendi*, é sempre retroactiva, na medida em que limitando-se a distribuir competências pelas leis em contacto com a situação não visa a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas e, assim, as partes não necessitam de pautar os seus comportamentos pelos seus comandos, não existindo necessidade de considerar aquelas que, já pretéritas, (não) tinham impregnado os factos. De opinião contrária é Magalhães Collaço ⁽⁵⁾, para quem as normas de direito transitório são aplicáveis também ao Direito de Conflitos e, na ausência de uma indicação concreta dada pelo legislador, aplicar-se-á por analogia o art. 12.º do CC e o princípio da não retroactividade das lei. Assim, mesmo tendo aderido a esta tese, não deveriam as instâncias ter omitido este passo na fundamentação da sua decisão.

c) A inconstitucionalidade na aplicação da “lei pessoal do marido”

Ao contrário do que sustentou o Tribunal de Círculo da Guarda, tanto a RC como o STJ defenderam a sindicância da constitucionalidade das regras de conflitos e dos elementos de conexão por elas eleitos, posição consentânea com a opinião dominante da doutrina ⁽⁶⁾ e com a opção tomada pelo próprio legislador quando, em 77, alterou os arts. 52.º e 53.º do CC, para além de ter revogado os arts. 58.º e 59.º, por desconformidade, naquele caso, com o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges consagrada no art. 36.º, n.º 1, da CRP de 1976 e neste com o princípio da não discriminação entre filiação legítima e ilegítima, prevista no art. 36.º, n.º 4, da Lei Fundamental.

⁽⁴⁾ Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de direito internacional privado...*, pp. 228-9.

⁽⁵⁾ Cfr. MAGALHÃES COLLAÇO *Direito Internacional Privado. Lições*: 1.ª parte do vol.II (Curso Jurídico 1966-67, e *O regime da devolução no Código Civil de 1966 (Curso Jurídico 1967/68)*, polic., Lisboa, AAFDL, 1984, pp. 62 e ss).

⁽⁶⁾ Entre nós, cfr., por todos, RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição — Introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra, Coimbra Editora, 3.ª reimp., 1994, pp. 171 e ss.

No entanto, o STJ considerou que, na medida em que estava em causa a utilização de um elemento de conexão de uma regra de conflitos antiga, tal juízo de constitucionalidade só poderia ser feito à luz da Constituição vigente à época em que tal regra de conflitos estava em vigor. Esta confusão entre os critérios de aplicação da lei no tempo e os de constitucionalidade não se entende muito bem, especialmente se pensarmos qual seria, então, a decisão do Tribunal se acaso a Reforma de 77 não tivesse alterado o texto dos citados preceitos. Nesse caso, teria o STJ considerado que a aplicação dos novos valores constitucionais, os da lei Fundamental de 76, já não era retroactiva, na medida em que seriam contemporâneos da regra de conflitos? E seria válido, nesse caso, um juízo de inconstitucionalidade? Suspeitamos que não pois o STJ também argumenta que a regra de conflitos em causa esgotou os seus efeitos no momento da sua aplicação, i.e, não agora quando as partes litigam mas no momento em que ocorreram os factos que determinam a sua pretensão: o da modificação do regime de bens, em 1969. E que, desse ponto de vista só nesse momento, em que se define o regime de bens do casamento, se deve determinar a lei que lhe é aplicável e saber se ela é, ou não, inconstitucional.

Não podemos concordar com esta linha de argumentação: a imobilização que o legislador (no caso do art. 53.º) ou o intérprete (no caso do art. 52.º) possa fazer do elemento de conexão, ou melhor, a determinação temporal da relevância da sua concretização visa apenas resolver um problema de conflito móvel e nada tem a ver com a aplicação das regras de conflitos no tempo — que tem de ser resolvido, como dissemos, em tese geral — e muito menos com o problema da aplicação (actual) de regras de conflitos desconformes aos princípios (actuais) constitucionalmente consagrados. De resto, noutros países onde o problema se tem colocado em termos semelhantes, a declaração de inconstitucionalidade e a substituição das conexões inconstitucionais é prática recorrente e pacífica. ⁽⁷⁾

Donde pensarmos que a melhor solução no caso em apreço seria o recurso ao elemento de conexão do art. 52.º, n.º 2, na redacção de 77, e aplicar da mesma forma a lei alemã mas enquanto “lei mais próxima da vida familiar” e não porque é a lei pessoal do marido.

⁽⁷⁾ Cfr. no direito espanhol que sofreu, nesta questão, uma evolução semelhante à nossa, ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 7.ª ed., vol. II, 2006, p. 80, e JAVIER CARRASCOSA GONZALEZ, *Matrimonio y eleccion de ley*, Granada, Comares, 2000, p. 123.

d) A possibilidade da concretização do elemento de conexão “residência habitual comum”

Acresce que o problema só se colocou porque o STJ, tal como as instâncias inferiores, entendeu não ser possível aplicar a lei da residência habitual comum dos cônjuges apesar de não expor as razões de tal impossibilidade. Dos factos dados como provados e transcritos na decisão do STJ, verifica-se que os cônjuges mantiveram duas residências, uma em Portugal e outra na Alemanha, tendo sido dado como provado que foi nesta última que, pelo menos até 1984, “o A. e a 1.^a R. comiam, dormiam, recebiam visitas e correspondência”. Ora, estes factos correspondem àqueles que têm sido entendidos pela doutrina como os integradores do conceito residência habitual, na medida em que espelham a existência de uma “base ou centro de vida” dotada de estabilidade e efectividade ⁽⁸⁾. Podem efectivamente existir residências habituais alternadas mas, nesse caso, é necessário que se mantenham, em relação a cada uma delas, os caracteres apontados, sob pena de se transformarem em residências ocasionais ⁽⁹⁾. No caso dos autos, aquilo que é dito pelas instâncias não belisca a qualificação da residência alemã como “habitual”, apenas afirma que existiam, à data da outorga da convenção nupcial, duas residências conjugais, uma na Alemanha e outra em Portugal, não resultando “inequívoco”, na expressão das instâncias, a concretização do elemento de conexão principal. Tal justificação parece-nos muito curta, na medida em que não explora devidamente os elementos de prova que revelariam o carácter estável e central da residência conjugal, parecendo ficar coarctada nesse juízo pelo facto de existirem mais do que uma residência conjugal.

Chegados a este ponto, verificamos que apesar da nossa discordância quanto ao caminho trilhado pelas instâncias e pelo Supremo para aplicar a lei alemã à questão *sub iudice*, aceitamos que seria esta a lei competente para autorizar a modificação do regime de bens do casamento — que passou a ser um regime de separação —, sem prejuízo de a lei portuguesa se manter como lei aplicável ao regime de bens e à ilegitimidade conjugal

⁽⁸⁾ Neste sentido, cfr. JOÃO CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Lisboa, AAFDL, 1997, p. 204, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1.º vol, Lisboa, UCP, 3.ª ed., pp. 380-382, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 351-352.

⁽⁹⁾ Assim, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Resolução do contrato de arrendamento //Residência permanente, residências alternadas e residência ocasional”, *CJ*, XIV (1989) 2, 31-35.

arguida. E a aplicação da lei alemã seria possível se, de qualquer modo, descartássemos a hipótese de reenvio. Ou seja, é necessário verificar, de antemão, se nos termos do sistema conflitual alemão, este ordenamento se considera competente para regular a questão jurídica em apreço ou se, de outro modo, aplica lei diversa e esta, do mesmo modo, se considera directa ou indirectamente competente, caso em que, nos termos do art. 17.º, n.º 1, a harmonia internacional de julgados exigiria o reenvio para esta terceira lei. Ora, neste caso em particular, segundo o art. 14.º do EGBGB, será de aplicar a lei da residência habitual comum ao tempo da modificação do regime de bens, e não parece que a lei alemã considerasse outra residência dos cônjuges senão a existente, à época, na Alemanha. Assim sendo, a lei alemã considerar-se-ia competente e não se colocava qualquer problema de reenvio.

Mas reside um último problema:

e) A diferente caracterização feita pela lei alemã da norma material do seu ordenamento jurídico que permite a modificação do regime de bens na constância do matrimónio e as repercussões dessa caracterização à luz do art. 15.º do CC.

A lei alemã, de acordo com o art. 1408.º do BGB, e ao contrário do que sucede com a lei portuguesa que, nos termos do art. 1714.º, consagra imutabilidade dos regimes de bens, permite aos cônjuges não só escolherem o regime de bens do seu casamento, mesmo na sua constância, como alterar, em qualquer momento, a escolha feita. Tal norma é caracterizada, no seio do direito alemão, como regra definidora do estatuto patrimonial do casamento ⁽¹⁰⁾ que permite aos cônjuges, a todo o momento, (re)definir o seu conteúdo, as suas disposições e, naturalmente, os seus efeitos. Tal caracterização ou classificação tem, ao nível do direito conflitual alemão, uma consequência lógica: a modificação dos regimes de bens é parte integrante do núcleo de matérias previstas no art. 15.º EGBGB, regra de conflitos que determina a lei competente para definir os regimes matrimoniais.

Este entendimento da *lex causae* deveria ter, segundo o modelo de qualificação previsto na lei portuguesa através do seu art. 15.º, necessária ressonância. É à *lex causae* que o intérprete deve ir colher as características das normas aplicandas para saber se elas (ainda) cabem no conceito-

⁽¹⁰⁾ DIETER HENRICH, *Internationales Familienrecht*, Francoforte, Verlag für Standesamtswesen, 1989, p. 38.

-quadro da regra de conflitos que mandou aplicar o ordenamento jurídico a que tais normas pertencem e essa compatibilidade deve ser decidida autonomamente pela lei formal do foro (pela regra de conflitos) através de um juízo de conveniência entre o elemento de conexão da regra de conflitos do foro e os fins e objectivos da norma material aplicanda, lidos no seu próprio contexto.

Ora, parece-nos claro que uma norma como a do 1408.º do BGB que não vê qualquer obstáculo à livre modificação dos regimes de bens também não convém ao elemento de conexão do art. 52.º, mas ao elemento de conexão do art. 53.º, na medida em que este está imobilizado no tempo para servir as expectativas das partes em matérias de pendor convencional ⁽¹¹⁾.

Se, tal como ensina Ferrer Correia ⁽¹²⁾, o art. 15.º não compromete o intérprete com nenhuma qualificação, seria admissível quer a qualificação da lei alemã (art. 53.º) que nos remete para a aplicação da lei portuguesa, quer a qualificação da lei portuguesa (o art. 1714.º reconduz-se *ex vi* art. 54.º ao art. 52.º) que manda aplicar a lei alemã, sobrevivendo assim um conflito negativo de qualificações, uma vez que nem o art. 1408.º do BGB nem o art. 1714.º do CC pertencem aos ordenamentos jurídicos mandados aplicar pelas regras de conflitos às quais se subsumem, respectivamente, a lei portuguesa e a lei alemã.

Argumentar-se-á, naturalmente, que o art. 54.º resolve em definitivo o problema de qualificação remetendo a questão da modificação dos regimes de bens para o conceito-quadro do art. 52.º, o que implicará a recondução da solução alemã à previsão desta regra de conflitos. No entanto, fica ao intérprete a dúvida sobre a correcta articulação entre esta norma e o art. 15.º do CC quando, como neste caso, a caracterização da lei estrangeira nos quadros do ordenamento respectivo chama(ria) outra regra de conflitos.

É esta, aliás, a dúvida ⁽¹³⁾ que nos leva a questionar o sentido e alcance do art. 54.º do CC.

⁽¹¹⁾ Assim, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de direito internacional privado...*, pp. 409-411.

⁽¹²⁾ Cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de direito internacional privado...*, p. 214.

⁽¹³⁾ Esta mesma dúvida foi exposta por nós, a propósito desta mesma decisão, no texto e, em especial na nota 659, do trabalho com o título “Os regimes patrimoniais do casamento em Direito Internacional Privado e, em especial, o regime matrimonial primário”

A justificação da solução do art. 54.º reside, tradicionalmente, na tentativa de resolver um problema de qualificação. Mas, no nosso modo de ver, fá-lo de forma totalmente incongruente com o método de qualificação previsto no art. 15.º porque toma como assente e seguro, para qualquer solução material sobre a admissão da modificação dos regimes de bens (positiva, negativa, com *nuances* e restrições variadas), que os valores que lhe subjazem são de índole pessoal — por isso, só uma conexão de tipo pessoal e móvel lhe serve. O que está por provar.

Ora, partindo do método proposto no art. 15.º, dever-se-á indagar da *ratio* da norma material dentro do sistema em que esta se insere e retirar as devidas conclusões, submetendo-a ao art. 52.º (ou 53.º). Esta *démarche* é incontornável e o teor do art. 54.º vem negá-la. É que, se a lei aplicável aos regimes de bens (que pode ser deferente da lei indicada pelo art. 52.º, dada a imobilização do elemento de conexão no art. 53.º) admitir, como neste caso a alemã, a modificação desses regimes de bens, isto significa que quer pela solução apresentada quer pelos objectivos cumpridos no seio do ordenamento a que pertence, apenas pretende regular os regimes de bens do casamento. Esta será a caracterização feita *lege causae*. Ora, apesar de o art. 54.º afirmar que a admissibilidade ou não da alteração dos regimes de bens deve ser decidida pela lei indicada no art. 52.º, parece-nos que isto só pode querer significar que a norma material, potencialmente aplicável à questão por pertencer a uma lei espacialmente conexionada com a situação *sub iudice*, ao recusar a validade destas modificações o faz porque comunga de interesses institucionais, de defesa dos interesses dos cônjuges e de terceiros, dum quadro de estabilidade patrimonial familiar

correspondente à dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas apresentada em Julho de 2009 na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, sob a orientação do Prof. Doutor Rui Moura Ramos, e discutida em provas públicas no dia 15.10.2010. Nesse trabalho, defendemos a necessidade de revogação do art. 54.º, n.º 1, do CC não só pelas dificuldades de compatibilização com o art. 15.º do CC quando, como na decisão comentada, a lei estrangeira aplicável permitir a modificação do regime de bens mas também pela, no nosso modo de ver, incorrecta solução de qualificação do art. 1714.º do CC, na medida em que esta regra, apesar do seu carácter imperativo e geral é ainda uma norma integradora do estatuto estritamente patrimonial dos cônjuges, visando regular o seu regime de bens concreto, uma vez que não é indiferente para os cônjuges que decidem sobre o regime de bens do seu casamento se ele é, ou não, livremente revogável ou passível de modificação, tratando-se, desse ponto de vista, de uma matéria não estranha à sua vontade. De resto, outros ordenamentos, especialmente em face do princípio da imutabilidade atenuado, como é o caso do direito francês, seguem o mesmo critério.

que só é bem servido por uma conexão do tipo pessoal porque a questão, para os ordenamentos que apresentam esta solução, está para além do regime de bens, dos aspectos puramente materiais do casamento: é uma questão de natureza pessoal. Estes valores só podem ser diferentes dos que justificam a solução contrária: a livre modificação dos regimes legais ou convencionados. Daqui resultará, por exemplo, que se a lei indicada pelo art. 52.º e a lei indicada pelo art. 53.º estiverem ambas em contacto com a situação e adoptar a primeira o princípio da imutabilidade e a segunda permitir a livre alteração, por vontade das partes, do regime de bens, estaremos perante um conflito positivo de qualificações e o art. 54.º, quando bem lido, nada terá resolvido. Ou, como no caso exposto, e uma vez que a lei indicada pelo art. 52.º, a lei alemã, permite a modificação dos regimes de bens e a lei indicada pelo art. 53.º, a nega, um conflito negativo.

Porto, 31 de Janeiro de 2011