

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E CONSTITUIÇÃO

INTRODUÇÃO A UMA ANÁLISE DAS SUAS RELAÇÕES

3.ª REIMPRESSÃO



Composto e impresso nas oficinas da
COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Coimbra : COIMBRA EDITORA, LIMITADA
1 9 9 4

Gustavo Ferraz de Campos Moraes

pelo legislador quanto aos títulos mais adequados para justificar a aplicação das várias leis⁷¹, subjazendo-lhes portanto uma orientação que não é meramente formal. As disposições do DIP tratam a concepção do foro a propósito do domínio de aplicação das leis, como pretende SPERDURI⁷², e essa concepção, como todas as que o legislador perflha, é de algum modo condicionada por outras prescrições legais a que o mesmo legislador está inapelavelmente sujeito. Daí que a Constituição tenha também algo a ver com a formulação do sistema conflitual.

E se olharmos mais de perto para o DIP dos nossos dias, invadido por valorações materiais, despido da sua anteriormente exclusiva especificidade normativa que parecia tornar absurdo o controlo constitucional dos seus comandos, aparecendo em muitos sectores como um puro direito material e voltado também para as tarefas de modelação da sociedade civil em que o Estado contemporâneo compromete o seu ordenamento jurídico, não veremos porque razão há-de a nossa disciplina ser configurada como um *super* ou *infra* direito, aquém ou para além da Constituição, antes se impondo concebê-la como um sector jurídico que, à sua maneira embora, não deixará de estar submetido aos preceitos constitucionais.

Na segunda e última parte deste trabalho diremos alguma coisa dos modos por que se realiza e das formas que assume a penetração das directivas constitucionais no campo do DIP.

SEGUNDA PARTE

A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: MOMENTOS DE INCIDÊNCIA DA PRIMEIRA NO ÂMBITO DO SEGUNDO

52. Confrontado o DIP com uma imagem segundo a qual também ele trataria em primeira linha de homens e das suas situações de conflito¹ e não se justificando assim invocar a sua natureza específica para afastar a exigência do controlo constitucional dos seus comandos, a este mesmo resultado — não sujeição do DIP aos princípios com assento na Constituição — poderíamos chegar partindo de uma determinada imagem do Direito Constitucional. Seria ela a que o caracteriza «por uma hierático formalismo e pela sua intenção não constitutiva»², vindo na Constituição um mero catálogo de normas de competência e de organização, uma norma fundamental no sentido Kelseniano do termo (pura ordem de direito, construção de puras normas hierarquizadas). Se a lei fundamental de um país puder pois ser reconduzida, ela também, a um direito formal, ao conjunto de regras de organização do Estado e à enumeração dos limites à acção deste no mundo privado dos indivíduos, não se vê realmente como é que ela poderá vir a influenciar o DIP mesmo que da nossa disciplina se não tenha já a concepção ainda hoje prevale-

¹ Na linguagem de STÖCKER, *apud* JUBNER, *Möglichkeiten*, cit., págs. 1521.

² Assim ROGÉRO SOARES, *Direito Público*, cit., págs. 9-10, nota 3. O autor está a referir-se à posição de FORSTORF tal como ela resulta da 7.ª edição do seu *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*.

^m Cfr. SPERDURI, *Sull'interpretazione*, cit., pág. 370.

^m *Tradition et renouvellement*, cit., pág. 784.

cente. A Constituição, assim, quase um mero estatuto de organização do aparelho do Estado — não teria nada a dizer ao domínio das relações interindividuais.

Este entendimento da Constituição — se alguma vez foi defendido nos termos radicais em que o descrevemos — está no entanto muito afastado do que é hoje corrente na doutrina. Com efeito, à concepção do Estado liberal que lhe subjazia — um Estado mero guardião das regras de jogo em que haveria de decorrer a vida comunitária — sucedeu uma outra para a qual o Estado deixa de ser um simples árbitro do processo social para ser um agente activo dele: e um agente ao qual incumbe uma tarefa positiva, de intervenção, que se concretiza na obrigação de conformar a sociedade a certos princípios³. Esses princípios continham-se na Constituição, que nos aparece assim a desempenhar um papel fundamental na ordem jurídica, agora já enquanto decisão de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política, decisão constituinte soberana que determina as opções do legislador ordinário e dos demais órgãos constituídos⁴.

Num primeiro momento, porém, as normas constitucionais são ainda vistas como meras metas programáticas propostas à actividade do legislador. No âmbito da actuação deste se esgotaria o alcance dos seus comandos, pelo que os particulares apenas poderiam usar de um direito garantido na Constituição quando e nos precisos termos em que a lei ordinária o consagrasse. O *Rechtsstaat* está ainda bem longe na altura de ser um *Richtersstaat*, pelo que a impregnação dos valores constitucionais nas relações jurídicas concretas carecia de uma mediação indispensável do legislador (na estrita lógica de um MONTESQUIEU).

³ Vide ROBERTO SOARES (Constituição, in Dicionário Jurídico da Administração Pública, t. págs. 662) que sublinha contem também as constituições liberais uma tomada de posição explícita ou implícita quanto ao sentido da sociedade que regem.

⁴ Assim, MIGUEL HERRERO DE MIÑON, *Aspectos constitucionales del nuevo título preliminar del Código Civil*, Revista de Estudios Políticos, n.º 198 (1974), págs. 98.

Por essa época assistia-se no DIP ao momento áureo das correntes positivistas e nacionalistas a que fizemos referência⁵, que, vendo-o cego a todas as valorações materiais e concebendo-o num quadro meramente formal, o faziam viver naquilo a que BERTZKE⁶ chamou um espaço livre de constitucionalidade.

A breve trecho, no entanto, as normas constitucionais deixaram de ser vistas como meras metas propostas ao legislador, para começarem a ser concebidas como autênticas regras jurídicas, portadoras de um carácter preceptivo e susceptíveis de se imporem mesmo independentemente da consagração dos seus princípios nas leis ordinárias. O que é acompanhado da alteração de sentido dos direitos constitucionais que de meros *status negativus* ou *libertatis* (que apenas se ficariam por traçar os limites à invasão pelo Estado da esfera jurídica privada dos indivíduos) passam a ser concebidos também como *status positivus* (abrangendo assim o direito à efectivação de certas prestações por parte do Estado a favor das pessoas singulares)⁷. Tudo isto traduz uma alteração de

³ Cfr. *supra*, Introdução, n.º 2, págs. 18-26.

⁴ *Grundgesetz und Internationalprivatrecht*, Berlim, 1961, págs. 10. É assim que, como o refere JOSE PUENTE EGIDO (*Influencia del Derecho Constitucional en la configuración de nuevas reglas de conflicto: examen de la jurisprudencia civil de nuestro Tribunal Supremo de 1933 a 1937 entre conyuges*, REDI, vol. XXV (1972), págs. 327) no domínio da Constituição de WEIMAR, por exemplo, não se levantou a questão da eventual incidência das normas constitucionais nas regras de DIP, mais concretamente nas regras de conflitos. Assim, por ex., FRANKENSTEIN (*Internationales Privatrecht*, Berlim, 1926-1935) e HANS LEWALD (*Das Deutsche Internationales Privatrecht*, Leipzig, 1930). Indo mais longe, MELCHIOR (*Die Grundrissen des deutschen Internationalen Privatrechts Deutschlands*, Leipzig, 1954, págs. 217) e LEO RAABE (*Internationales Privatrecht*, 5.ª edição, Berlim, 1961, págs. 43) negam expressamente (a propósito do art. 3.º da Constituição de Bonn) qualquer incidência da Constituição sobre as regras de conflitos. Mas veja-se, deste último autor e em sentido oposto, a 6.ª edição deste trabalho publicada por FRITZ STURM e acima citada, págs. 207-212.

⁷ Sobre o entendimento dos direitos fundamentais, cfr. por ex., REINHOLD ZAPPALUS, *Teoria Geral do Estado* (tradução portuguesa),

fundo do ser da Constituição — ela passa a ser compreendida fora dos esquemas do positivismo e, na esteira dos trabalhos de SMEND, a representar um sistema de valores e a conter «os princípios fundamentais que hão-de guiar as autoridades, o fim, direcção e medida dos actos governamentais, entendendo-se que deve unir integrar e constituir o Estado e os cidadãos na harmonia legal e na ordem pluralista»⁸.

É por esta altura que se põe igualmente na ciência jurídica alemã o problema de saber qual a eficácia dos direitos constitucionais no que toca às relações entre as pessoas jurí-

Lisboa, 1974, págs. 160-181 e VIEIRA DE ANDRADE, *Direito Constitucional* (Direitos Fundamentais), Coimbra, 1977.

⁸ Assim, LUZTUS WUNDERER, *The impact of tomorrow's international law on the framework of the Constitution*, in *Le droit international demain*, cit., pág. 93. Em idêntico sentido ROEGERS SOARES (*Direito Público*, cit., pág. 179) refere-se à Constituição como «o receptáculo dos valores fundamentais da organização da sociedade, uma tentativa de afirmação das concepções histórico-políticas bases sobre as quais se quer erigir uma possibilidade de equilíbrio de forças numa perspectiva temporal voltada para o futuro». Conhecem-se no entanto as reservas que se têm levantado à concepção de SMEND («os direitos fundamentais proclamam um determinado sistema cultural e de valores que deve dar significado à vida do Estado instaurada na Constituição» — *Verfassung und Verfassungsrecht*, Munique, 1978, pág. 164) e à ideia de assegurar o primado da Constituição, mesmo *contra legem*, através dos tribunais, deste modo os transformando no último reduto da garantia do Estado de Direito. FORSTOFF, particularmente, sublinha que a ser entendida assim, a Constituição ficaria privada, em medida relevante, de forma, racionalidade e evidência, o que implicaria uma diminuição da função de estabilização que por natureza a lei fundamental deve assegurar. E, indo mais longe, o autor receia mesmo que a evolução do Estado de direito no sentido do Estado social, ao desenvolver mais e mais o papel da jurisprudence constitucional, venha no fim de contas a provocar a destruição das qualidades formais e racionais do direito constitucional legislado e a reduzir a Constituição a uma mera definição, um nome, ou, como quer BURDAU, uma simples sobrevivência (cfr. do autor, o seu *Die Umbildung des Verfassungsrechts*, Festschrift für Carl Schmidt, Berlin, 1959, págs. 35 e seg. e, também em tradução italiana, *La trasformazione della legge costituzionale* in Stato di diritto in trasformazione, Milão, 1973, págs. 195-232, especialmente págs. 230-231). Mau grado a importância desta posição, fundamentalmente no que diz respeito à valorização da ideia de segu-

dicas privadas (*Drittwirkung*). Não se duvidando do *an* dessa influência, o problema resumia-se à questão de indagar se ela se faria indirectamente — servindo os valores expressos nos direitos fundamentais para interpretar e integrar as lacunas das normas de direito privado — ou se, mais do que isso, as normas constitucionais se deveriam aplicar directamente às relações entre as pessoas jurídicas privadas. Quer na jurisprudence do Supremo Tribunal Federal, quer na doutrina, a aplicação indirecta dos direitos fundamentais (nos termos referidos) viria a ser dominante e a aplicação directa (mas em grau de defesa que dela fizeram autores como NIPPENBEY e LEISNER⁹) acabaria por se ver rejeitada pela maioria da doutrina com maior ou menor veemência¹⁰.

rança que como valor primário o texto constitucional não pode deixar de proteger, importa ter presente que o receio de que a actividade interpretativa dos juizes possa vir a marginalizar o legislador e a subvalorizar o direito constitucional escrito em nome dos valores nele contidos não deverá em qualquer caso conduzir à hipostasição de uma interpretação histórica da constituição (como de qualquer outra regra jurídica), assim a afastando, num ostensivo regresso ao século XIX, da realidade hodierna (neste sentido ROEGERS SOARES, *Direito Público*, cit., págs. 182-183). E tem sido este, de resto, o entendimento dominante na jurisprudência constitucional alemã que, através da sua instância mais elevada, tem vindo a afirmar — fundada na existência de uma hierarquia dos valores expressos no texto constitucional, alguns dos quais se caracterizariam pela sua intangibilidade, mesmo em relação ao próprio poder constituinte — a prevalência da actuação sistemática dos direitos fundamentais sobre a segurança jurídica que um Estado de direito também não pode alienar (cfr. LEINHOZ e RINCK, *Grundgesetz, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 4.ª edição, Colónia-Marienburg, 1971, introdução, n.º 16, págs. 11 e seg. Sobre o ponto veja-se VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, págs. 93 e segs.

⁹ LEISNER não deixa de admitir o risco de exageros e de utilitarismo na interpretação a que a sua posição poderia dar lugar, crença simplesmente que eles não ultrapassariam os dérivados do uso de cláusulas gerais (*Grundrechte und Privatrecht*, Munique, 1960, págs. 326-327). Sobre as questões que estas suscitam e o papel que desempenham na criação do direito por via jurisprudencial cfr. por último JOHN DAWSON, *The General Clauses, viewed from a distance*, Rabels, vol. 41 (1977), págs. 441-456.

¹⁰ Sobre o problema pode ver-se por ex., KENNETH M. LEWAN, *The significance of constitutional rights for private law*, *Theory and*

Ora, se dos textos constitucionais não resulta indicação segura quanto ao sentido e modos da sua influência nas relações entre os sujeitos privados, o mesmo terá de se dizer, porventura com maior justificação, no que respeita ao âmbito espacial dos seus precetos. Sendo certo que o problema se põe com maior acuidade no que toca aos direitos fundamenteis parecia que, reconhecendo-lhe como se lhe reconhece a condição de «*authoritative starting-points for legal reasoning*» (na terminologia de ROSCOE POUND¹¹), seria lógico atribuir-lhes uma larga influência nas relações que o DIP regula, ao ponto de pela sua validade pré-estadual não poderem ser objecto de denegação em caso algum, antes se impondo onde e quando os órgãos estaduais tivessem de aplicar o direito. Simplesmente, importa não esquecer que o Estado é por enquanto uma forma de organização das comunidades humanas que, longe de as congregar numa só unidade antes tem postulado o surgimento de diferentes entes nacionais com organizações diversas. Pelo que a Constituição continua a ser a lei fundamental de um ente político concebido muitas vezes intervenientemente, fechado ao exterior, contemplando-se no seu particularismo e exaltando-se na sua individualidade. Ora o certo é que tal imagem sofre hoje o confronto com as exigências da vida internacional, que supõem uma cada vez maior interdependência dos Estados, e mesmo a transição de sectores da sua soberania para instâncias supranacionais. De qual-quer modo, e nos casos em que se não chega a este ponto, as mesmas exigências de resolução dos problemas à escala planetária, num mundo onde também os Estados — como queria o Filósofo quanto aos homens — só juntamente se poderão

¹¹ *practice in West Germany*, I. C. L. Q., vol. 17 (1968), págs. 571-601; VIEIRA DE ANDRADE, *ibidem*, págs. 270-317; e MORA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1976, págs. 51-58.

¹² *Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law*, Tulane Law Review, vol. 7 (1933), págs. 475 e 483.

¹³ Neste sentido, veja-se a decisão de 21-5-1977 do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, in Recueil de la Jurisprudence de la Cour, 1973-3, págs. 921-935.

salvar, forçam a que cada Estado se deva abrir ao reconhecimento e actuação dos valores — mesmos dos constitucionais — que os demais se propõem encarnar, operando assim algumas renúncias pontuais na implementação total do modelo de sociedade que se prefixara. O que implica que cada Estado se passe a ver também de fora para dentro, assumindo-se como participante na integração internacional e não desprezando sem mais os valores que os demais posseguem¹⁴ pelo que terá de reconhecer alguns limites à actuação mesmo dos seus direitos fundamentais.

Surge assim aos nossos olhos a conveniência de traçar o campo de validade espacial das normas constitucionais. Não se tratando de problema que se possa aqui abordar em toda a sua complexidade determo-nos-emos apenas na questão do relevo que elas possam ter para a regulamentação das relações privadas internacionais.

O primeiro elemento a que pretendíamos recorrer — dada a sua posição e importância em qualquer ordem jurídica — ou seja, a própria Constituição, nada em principio nos adianta, podendo dizer-se com SCHWIND¹⁵ que as Constituições negligenciam o DIP. Quer se trate de mera coincidência ou quer esteja em causa uma vocação exclusivista das normas constitucionais, pouco propensas a admitir uma coexistência de valores oriundos de sistemas diferentes, o certo é que raramente se fazem acompanhar de qualquer delimitação do seu âmbito e se vêm como portadoras de um alcance praticamente ilimitado. O facto compreender-se-á tanto melhor quanto mais

¹⁴ Em idêntico sentido cfr. LUZIUS WILDHABER, *The impact*, cit., pág. 95. A respeito do mesmo problema cfr. CÉSAR HENRIQUE ROMERO que escreve: «a Constituição deve ter linhas ideológicas, artigos expressos da sua fé política, mas esta tem de ser suficientemente ampla, representando não tanto a expressão do sector social dominante como a generosa transacção que toda a convivência civilizada e fecunda comporta.» (*Constitution e Ideologia*, Revista de Estudos Políticos, n.º 198 (1974), pág. 226). Parece-nos uma síntese feliz do problema em causa.

¹⁵ *Problems of Codification of Private International Law*, I. C. L. Q., vol. 17 (1968), pág. 432.

nos lembrarmos de que nem sempre as Constituições primam pelo rigor técnico-jurídico das suas formulações nem pela abordagem científica (sem que com isto se pretenda recomendar a evicção dos valores políticos do seu seio) dos problemas da organização do Estado, sobrando por vezes, e em contrapartida, aos seus autores a preocupação de fazer vingar no texto constitucional (quantas vezes seduzidos pelo sortilégio da eternidade a que este parece aspirar) opções que se nuns casos carecem pura e simplesmente de relevo constitucional¹⁵ noutros fluem da absolutização de posições políticas que, quicá preponderantes no momento da sua elaboração, se sente não corresponderem ao sentir íntimo da colectividade a que se destinam¹⁶. Ao invés de constituir um ponto de

¹⁵ Trata-se muitas vezes de colocar na Constituição princípios e soluções cujo relevo não ultrapassa o das meras leis ordinárias. Tal acontece as mais delas com perfeita consciência do legislador constituinte que dada a maior estabilidade a que em princípio são votadas as Constituições assim procura nelas protecção para soluções que, se consagradas em simples leis, correriam o risco de não resistir às mutações de opinião do eleitorado e ao seu reflexo na composição das câmaras legislativas. E o que é curioso é que não raro o próprio legislador contessa ter sido esse o móbil que o levou a dar dignidade Constitucional a certas matérias. Assim, por ocasião da feitura da Constituição espanhola de 1931, um parlamentar afirmava claramente que o motivo mais importante que obrigava a maioria da Câmara a levar à Constituição preceitos que poderiam parecer de ordem civil, «que não teriam acaso aquele carácter de suprallegalidade que segundo os princípios de direito constitucional deve corresponder às regras constitucionais», era o não saber se no momento de elaboração das leis ordinárias seria a mesma a composição do órgão legislativo! (Cfr. o respectivo *Diário de Sesiones*, n.º 57, pág. 1755, citado por PUENTE ECIDO, *Influencia del Derecho Constitucional*, cit., pág. 336).

¹⁶ Também não escasseiam os exemplos de situações em que os princípios superiores que se proclamam iluminarem as Constituições — e que por natureza e por expreso reconhecimento dos constituintes deveriam ser universais, ilimitados, insuscetíveis de qualquer restrição — vêm a ser objecto de gravíssimas limitações que os desnaturalizam e que não raro são ditadas por imperativos de equilíbrio político momentâneo quando não por pressão de situações de facto criadas em ambiente de intimidação geral. Da posição destas preceitos constitucionais que negam frontalmente os princípios gerais sobre que

encontro entre os cidadãos, procurando potenciar a integração da comunidade a que se dirige a Constituição surge, pois, e não raras vezes, como um instrumento de transformações que, se fundadas num consenso momentâneo, não se ancoram contudo no modo de ser mais íntimo das sociedades. A Constituição breve se volve em barreira atrás da qual se procura proteger aquilo que de outra forma seria objecto de rejeição.

A indiferença da Constituição perante o DIP e a sua degradação — por vezes verificada — à condição de mero veículo de imposição de cartilhas ideológicas, ao lado da já referida imagem técnica em que o DIP dominantemente se afirma construir-se o edifício constitucional tratou BACHOFF no seu citado estudo *Normas Constitucionais Inconstitucionais*. E delas não é difícil encontrar exemplos. Assim, nos trabalhos de que haveria de sair a Constituição republicana espanhola de 1931 o deputado socialista BARROBERO, invocando embora o sentimento de tolerância que teria para com as convicções religiosas dos demais, não deixava apesar disso de propor à Câmara que privasse dos direitos civicos todos os que tivessem prestado votos de pobreza, de castidade ou de obediência a poderes ou entidades não condicionadas pela Constituição. E, mais perto de nós, a Constituição portuguesa de 1976 não se esqueceu também — levada pelo zelo de copiar o figurino ideológico em que a sua maioria se imantava e pela preocupação de cobrir com o manto da constitucionalidade formal situações que lesavam de forma patente as mais elementares exigências do Direito — de consagrar para certas categorias de cidadãos (assim reduzidos à condição de não o serem por inteiro) a vigência de regimes legais que violam frontalmente os direitos e garantias que se diz serem reconhecidos a todos (cfr. a propósito CASTANHEIRA NEVES, *A Revolução e o Direito* — *A situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário*, Lisboa, 1976, págs. 6-8; APONSO QUEIRO, *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, 1976, págs. 251-308; e HENNRICH HÖRSTER, *O Imposto Complementar e o Estado de Direito*, Revista de Direito e Economia, vol. III (1977), págs. 47-49, notas 34 e 35) e de pretender estabelecer a irreversibilidade de um dado sistema económico-social (veja-se HENNRICH HÖRSTER, *op. et loc. cit.*, pág. 131, nota 260). Dos riscos de uma oposição entre a Constituição nominal e a realidade sociológica que aspira a conformar fala também a propósito da Constituição Portuguesa vigente, ANDRÉ THOMASHAUSEN, *Constituição e realidade constitucional*, Revista da Ordem dos Advogados, vol. 37 (1977), págs. 471-472).

revisão, levaram a que a interpretação maioritária na doutrina das relações entre esta e aquele partisse da ideia de que — regra geral — no DIP a justiça conflitual prevalece sobre a justiça material e que, em consequência, os valores constitucionais (e nomeadamente os direitos fundamentais) são estranhos à nossa disciplina, apenas podendo fazer valer a sua influência na medida em que possam preencher de alguma forma os mecanismos de rejeição que fazem funcionar a cláusula de ordem pública. Para lá deste efeito indirecto e da possível criação de cláusulas especiais de ordem pública, a Constituição só teria alguma influência na regulamentação das relações internacionais quando a regra de conflitos conduzi-se à aplicação da *lex fori*”.

Além do manifesto dualismo que fazia vigorar quanto à importância dos preceitos constitucionais na regulamentação das relações internacionais — consoante fosse ou não a *lex fori* a lei a aplicar — e de encerrar o DIP num campo onde as disposições constitucionais não poderiam penetrar (o que entra em confronto com o moderno entendimento do direito constitucional), a concepção a que nos referimos parecia esquecer toda a influência que as disposições de direito civil têm na configuração dos institutos internacional-privatísticos¹⁸, não parecendo por isso aconselhável que estes se mostrem imunes às alterações dos fundamentos em que aquelas repousam. Um pouco também por isso a doutrina dominante sofreu um considerável revés com a publicação da sentença

¹⁸ Neste sentido, por ex., KECHEL na 10.ª edição do *Kommentar zum Bürgerlicher Gesetzbuch* de SOEKNER-SIEBER, Band 7 (*Einführungsgesetz*) Stuttgart, 1970, págs. 772; e FERRAZ DE CASTRO, *La Constitución española y el derecho internacional privado*, Revista de Derecho Privado, vol. XIX (1932), págs. 102-105.

¹⁹ Salientada fundamentalmente por BEITZKE no seu *Betrachtunggen zur Methodik*, cit., págs. 20. Influência essa que, no entanto, corre paralelamente com uma outra, desta vez a que a ciência do DIP tem exercido na teorização de uma construção moderna e sistemática do direito civil. A propósito, veja-se GÜNTHER JÄHR, *Internationalprivatrechtliche Beiträge zur allgemeinen Zivilrechtswissenschaft*, in *Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung*, Heidelberg, 1967, págs. 189.

do *Bundesverfassungsgericht* de 4 de Maio de 1971¹⁹ onde se afirmou sem mais que, quer as regras de direito internacional privado alemão, quer a aplicação a um caso particular do direito estrangeiro declarado competente em virtude dessas regras, devem ser confrontadas com os direitos fundamentais.

Ja depois de reconhecida por esta forma a incidência do direito constitucional sobre os conflitos de leis, HENRI BARRÉOL viria a sustentar que o desenvolvimento futuro desta tendência dependeria mais do direito constitucional que do DIP²⁰. Ainda que assim seja — do que nos permitimos duvidar — não nos parece que o DIP possa ser mero objecto de um processo que se desenrola todo ele no âmbito do direito constitucional. É pelo contrário certo que a sentença a que nos referimos não constitui um dado isolado, antes se integrando em toda a evolução que descrevemos na primeira parte deste trabalho, à qual é previsível que tenha dado um novo alento. Procuraremos pois fazer o ponto da questão tal como a vemos presentemente, analisando o estado das relações do DIP com o direito constitucional.

53. Não pretendemos no entanto abordar este problema em todos os seus aspectos. Fundamentalmente, curaremos das possíveis relações entre o método conflitual e as normas constitucionais, dizendo apenas algo mais a propósito da incidência

¹⁹ Cfr. *supra*, Introdução, nota 48. A decisão referida é importantíssima a vários títulos, para além da nova luz que veio trazer à questão das relações entre o DIP e a Constituição. Com efeito, ela representa igualmente um corte com a doutrina tradicional a propósito do modo de colocar o problema do DIP. Ao contrário da concepção savigniana para quem a busca da lei aplicável às relações internacionais arrancava da sede da relação jurídica, agora o que está na primeira linha não é já a relação de facto ou a questão de direito mas as normas conflitantes (uma das quais é, no caso, a Constituição) e o seu campo de aplicação — para cuja delimitação haverá que partir fundamentalmente delas próprias. Trata-se de uma nova focagem que tem bastante a ver com algumas das posições que referimos *supra*, no Capítulo II. Cfr., a propósito, ERIC JAVYÉ, *La Constitution tedesca e il diritto internazionale privato*, Rivista, vol. 8 (1972), págs. 78.

²⁰ Cfr. *L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest*, Clunet, vol. 100 (1973), págs. 38.

destas nos outros três domínios usualmente incluídos na nossa disciplina (a nacionalidade, a condição dos estrangeiros e o conflito de jurisdições). Contudo, o direito constitucional interfere ainda com o DIP em dois outros aspectos aos quais entendemos não poder deixar de fazer uma muito breve referência.

2) O primeiro é o da importância que a Constituição desempenha muitas vezes na resolução dos problemas de conflitos de leis surgidos no interior de Estados onde vigoram simultaneamente várias ordens jurídicas, esteja o âmbito de cada uma delas delimitado por critérios de ordem territorial ou pessoal. É sobejamente conhecido o caso a que nos referimos: estamos a pensar nas questões que são o dia-a-dia dos tribunais nos Estados federais (mormente naqueles em que os vários estados federados usam com abundância da sua competência legislativa própria), daqueles outros Estados onde, não sendo embora adoptada a fórmula federalista, se reconhece a vigência em certos territórios de uma diferente ordem jurídica, por vezes de natureza consuetudinária²¹ e, finalmente, daqueles outros onde, geralmente por razões de ordem religiosa ou étnica, se reconhecem diferentes estatutos pessoais aos vários grupos humanos em presença. Especialmente nos estados federais, um dos problemas que surgem com particular intensidade é o da proliferação dos conflitos, tanto mais grave quanto em muitos deles (por exemplo nos E. U. A.) a competência para criar as normas de DIP não pertence à federação mas a cada um dos Estados. A forma de obstar a que a autonomia dos vários Estados conduza em linha recta a uma total incerteza jurídica tem passado até ao presente pela utilização pelo Supremo Tribunal Federal de duas das cláusulas constitucionais — a *full faith and credit clause* (artigo IV, 1, da redacção inicial) e a *due process clause* (introduzida pela 14.ª emenda) — mediante cuja invocação se tem tentado um princípio de uniformização da jurisprudência.²²

²¹ Veja-se por exemplo o que passa com o problema dos estatutos forais das várias regiões e províncias na vizinha Espanha.

²² Cfr. a este propósito M. RHEINSMANN, *Das Kollisionsrecht im System des Verfassungsrechts des vereinigten Staaten von America*,

Para além desta influência mediata da Constituição, através da interpretação jurisprudencial de alguns dos seus preceitos, há ainda lugar a uma influência directa da lei fundamental. A Constituição pode, por exemplo, forçar os vários sistemas conflitantes que se entrecrocem num ordenamento plural legislativo a respeitar um ou mais valores, como por exemplo o da igualdade de tratamento²³. É igualmente à Constituição que pode caber resolver o problema da possibilidade de configuração do direito interlocal à imagem e semelhança do DIP. A questão põe-se porque muitos Estados possuindo embora um sistema de DIP, não contém regras de conflitos para a resolução dos diferentes que surgem no seio do seu próprio ordenamento legislativo. Em casos como este, a lição comum entre os autores é a de sugerir a extensão analógica ao direito interlocal dos critérios de decisão escolhidos para funcionar no quadro das relações internacionais²⁴. Mas será de transplantar todo o sistema conflitual criado para estas últimas ou apenas os elementos de conexão? A dificuldade surge precisamente a propósito do instituto da ordem pública internacional; será ele concebível se referido apenas ao âmbito de um estado federado ou de uma região, ou a estrutura que o envolve e a problemática que lhe é subjacente supõem inapelavelmente a sua localização no âmbito de um Estado soberano? Mais concretamente, admitir-se-á que dentro do mesmo Estado um juiz se negue a aplicar as normas

Festschrift für ERNEST RAUER, Tübingen, 1954, vol. 1, págs. 539-589; A. T. VON MEHREN, *Conflict of laws in a Federal System. Some Perspectives*, I.C.L.Q., vol. 18 (1960), págs. 681-688; VAN HECKE, *Principles et Méthodes*, cit., págs. 426-427; HILDINE ESK, *Peremptory*, cit., pág. 54. O mesmo problema surge noutros países de forma idêntica: a esse respeito veja-se também J.-G. CASTEL, *Constitutional Aspects of Private International law in Australia and in Canada*, Recueil, n.º 126 (1969-7), págs. 1-109.

²³ Expressamente neste sentido WENGER, *Les conflits de lois*, cit., pág. 207.

²⁴ Assim, por ex., DE NOVA, *Il richiamo di ordinamenti pluralistici*, Rivista, 1940, págs. 82 e segs., e, entre nós, FERRER CORREIA, *Lições*, cit., págs. 499-508.

de uma região ou de um estado federado invocando para tanto a existência de um escandaloso contraste entre elas e os valores últimos em que o seu próprio ordenamento se alicerça? Ou, por outras palavras, poder-se-á conceber que os valores em que em última análise se baseia uma determinada ordem jurídica não sejam comuns a todos os Estados mesmo que a sua organização assuma a forma federal, isto é, por exemplo, que uma dada norma possa concordar com as concepções últimas que subjazem às leis do estado do Ohio e ao mesmo tempo viole as da Califórnia?

A primeira vista tal resultado parecerá absurdo. Também aqui, no entanto, importa não nos deixarmos arrastar por raciocínios abstractos e tentar ver de perto os problemas. Não se duvida, por exemplo, que a existência da pena de morte, o reconhecimento, nas palavras do poeta, do direito de cada homem a morrer a sua morte, se pode considerar algo mais que uma simples questão de grau na escala das sanções penais, mas é antes um ponto que contende com a própria essência do sistema jurídico e com o lugar que nele o homem ocupa. Ora é do conhecimento geral a existência num mesmo Estado federal, num contexto nacional que portanto se deveria caracterizar por um acordo generalizado quanto às opções básicas do sistema jurídico, de estados que reconhecem ao lado de outros que não admitem a pena de morte. Donde poder concluir-se que é possível uma relativa desarmónia quanto às concepções últimas em que se ancora cada ordem jurídica estadual. Com as devidas adaptações, parece-nos que este resultado pode ser útil para a questão da ordem pública, onde, paralelamente, diríamos não se poder excluir *a priori* que cobrasse relevo uma ordem pública especial de cada um dos estados federados actuante no campo das relações interestaduais ao lado de uma ordem pública geral do Estado federal (decerto que de maior latitude) que funcionaria perante situações genuinamente internacionais^{24 25 26}. Sustentar esta possibi-

^{24 25 26} Em identico sentido cfr. De Nova, *Le clauses d'ordine publico speciali e il diritto interlocale*, Scritti, cit., págs. 283-291.

lidade não significa no entanto afirmar em todos os casos a existência, digamos, de uma ordem pública especial nos estados federados. O problema, dependente como está da maior ou menor latitude do cimento comum a todos os estados membros de uma federação, só poderá ser resolvido à luz da particular configuração desta, o mesmo é dizer, da sua Constituição. É pois apenas pelo recurso a esta que se poderá equacionar e resolver a questão proposta^{25 26}.

b) O segundo aspecto pela qual a Constituição interfere com o DIP a que nos propomos aludir neste ponto prévio da nossa indagação resulta da recepção do direito internacional geral ou comum e das condições de vigência do direito internacional convencional, matérias usualmente tratadas por preceitos constitucionais²⁷. Ao evocarmos aqui esta problemática não pretendemos de modo algum voltar à *vexata quaestio* da natureza do DIP e da influência que o direito internacional público teria na modelação das regras da nossa disciplina²⁸.

²⁷ No mesmo sentido cfr. Murad Färid, *Wechselbeziehungen zwischen Verfassungsrecht und Kollisionsnormen*, Vom deutschen zum Europäischen Recht, cit. vol. II, págs. 119 e segs., e também publicado sob o título *Interdependenza del diritto costituzionale e del diritto internazionale privato*, D.I., vol. 17 (1963), pág. 146.

²⁸ Entre nós problema semelhante ao que acabamos de tratar poderá eventualmente surgir em virtude do desenvolvimento que no futuro venham a conhecer os poderes garantidos às regiões autónomas pelo art. 229.º da Constituição de 1976.

²⁹ Veja-se, por ex., o art. 8.º da actual Constituição Portuguesa, o art. 10.º da Constituição Italiana, o art. 113.º da Constituição Suíça, o art. 25.º da Constituição da República Federal Alemã, o art. 9.º da Constituição Austríaca de 1934, etc.

³⁰ Sobre a matéria já alguma coisa dissemos *supra*, Primeira Parte, Capítulo II, Secção I, A., n.º 28, págs. 105-112; veja-se também J. P. Niboyet, *La récente Constitution française et le droit international*, Travaux, 8.º e 9.º anos (1946-1947 e 1947-1948), págs. 18-30, onde o autor defende a subordinação das regras do DIP ao direito interno e que foi recebido na sua ordem jurídica interna. Quanto à questão da natureza do DIP e da modelação das suas normas através do direito internacional público, vejam-se ainda, respectivamente, Murad

O nosso objectivo é antes o de referir, ainda que sem grandes desenvolvimentos, duas consequências que decorrem para o DIP da recepção constitucional do direito internacional.

a) A primeira delas — sem dívida a mais simples — contém-se na ideia, já sublinhada por RAARE²⁹, de que, a partir da inserção na Constituição de um preceito deste tipo, não seria mais legítimo a um Estado negar em toda e qualquer circunstância a aplicação do direito estrangeiro. Tal conclusão reveste no entanto, e como o próprio autor o não deixou de notar, um carácter meramente teórico, na medida em que se limita a proclamar uma obrigação dos Estados sem nada mais dizer quanto aos meios porque ela pode ser posta em prática. Com efeito, o que se proíbe é apenas a situação insólita e impar de um Estado não admitir em caso algum a aplicação do direito estrangeiro. Não se indo mais longe, isto é, nada se dizendo quanto aos critérios de aplicação daquele direito, resulta claro que a obrigação imposta aos Estados fica desprovida de qualquer conteúdo útil. Afinal a sua eficácia resume-se a situações que primam pela inverosimilhança, nada de interesse adiantando para a solução dos problemas, senão dos concretos ao menos dos de construção jurídica. Com efeito, o princípio afirmado, para além de nada contender com o conteúdo das regras de DIP, nada avança, também, no que toca a saber se será ou não lícito regular as situações da vida internacional levando em consideração o direito estrangeiro apenas para, como o faziam ROBERTO ACO e WALTER COOK, servir de fonte material das regras a criar pelo foro para o efeito³⁰

FERRE, *L'interdependenza*, cit., pág. 146; e FEDERICO DE CASTRO, *La Costituzione española*, cit., págs. 74-77.

Toda esta problemática é de resto detalhadamente analisada na recente obra de FRANÇOIS RIGAUD, *Droit Public et Droit Privé dans les relations internationales*, Paris, 1977.

²⁹ *Einflussungsgesetz (Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch)*, 9.ª edição, vol. VI, 2.ª parte, Munique, 1932, pág. 52.

³⁰ Em sentido análogo, cfr. TITO BAIARINO, *Costituzione e Diritto Internazionale Privato*, Pádua, 1974, págs. 24-33.

β) A segunda consequência tem a ver com a eventual relevância dos preceitos constitucionais para a apreciação dos casos em que há que controlar a legitimidade internacional da lei estrangeira designada pelo sistema conflitual do foro. O problema põe-se da seguinte forma: assente qual a norma estrangeira a aplicar — por designação de uma norma da *lex fori* — pode surgir a questão de ela ser contrária ao direito internacional. É claro que a questão fica sem mais resolvida para quem a pretender ver conceitualmente, por recurso a uma das duas teorias (monista e dualista) sobre a natureza do DIP, isto é, quer considerando que aquele é um prolongamento do direito internacional público, quer reconhecendo a sua total independência face a este. No primeiro caso é claro que uma tal norma seria de afastar, enquanto que no segundo não haveria quaisquer razões para questionarmos a sua aplicabilidade. Só que, como já vimos a outros propósitos, não é esta a metodologia apropriada para resolver as questões.

O problema hé-de fundamentalmente ser considerado à luz das disposições constitucionais que reconhecem a vigência no foro do direito internacional. Ora o que parece certo é que o alcance destes preceitos se dirige principalmente no sentido de fazer afastar, por inconstitucionalidade, todas as regras do Estado do foro que atentem contra o direito das gentes³¹, não sendo de algum modo óbvio, mas antes assaz discutível, que daí se deva sem mais concluir pela não aplicação das normas estrangeiras que contrariem o direito internacional que é pelo foro reconhecido enquanto seu direito interno. Tal só se poderia afirmar se o Estado do foro estivesse obrigado a defender o direito internacional recebido, quer como se de seu direito constitucional se tratasse (o que teria que derivar da sua própria Constituição, e não conhecemos quaisquer exemplos nesse sentido), quer enquanto direito internacional — mas para tanto seria necessário admitir a existência de uma norma de direito internacional de ori-

³¹ Assim, por. ex., MALCOM EVANS (*The Italian Constitutional Court*, I. C. L. Q., vol. 17 (1968), pág. 629) que indica ser este o entendimento dominante na doutrina italiana.

gem consuetudinária, pois que não existe sob forma escrita, que prohibisse os Estados de applicarem o direito estrangeiro contrário ao direito internacional (o que por ora está manifestamente fora de causa). É assim que só indirectamente, isto é, através do funcionamento da cláusula de ordem pública internacional do Estado do foro, se poderá recusar a applicação do direito estrangeiro contrário ao direito internacional constitucionalmente recebido²¹. Só assim não será se também a Constituição do Estado estrangeiro respectivo receber da mesma forma o direito internacional — aí no entanto a questão será já de inconstitucionalidade da lei estrangeira designada²², pelo que a não se verificar a sua applicação isso dependerá desse facto e não de ella contrariar o direito internacional recebido no foro. Em face do que se pode concluir pela irrelevância da recepção constitucional do direito internacional no que toca à questão da applicação do direito estrangeiro que lhe não é conforme.

Depois destas breves reflexões passaremos de imediato à análise da interacção que se verifica entre o DIP e a Constituição. Num primeiro capítulo situaremos esta face ao método conflitual, de longe o ainda hoje dominante no DIP e aquelle ao qual o disposto nas leis fundamentais põe problemas de maior gravidade. Em seguida, limitar-nos-emos a apontar, ainda que apenas de passagem, a incidência da Constituição nos sectores do DIP tradicionalmente regidos por normas materiais, ou seja, a nacionalidade, a condição dos estrangeiros e o conflito de jurisdicções.

²¹ Neste sentido, também DE NOVA em anotação à sentença de 13 de Setembro de 1954 do Tribunal de Roma (Revue, vol. XLVIII (1958), pág. 541); FRANCO MOSCONI, *Norme straniere e controllo di costituzionalità e di legittimità internazionale*, D. I., vol. 14 (1960), págs. 434-435; e A. TOMMASI DE VIGNANO, *Lex fori e Diritto Straniero*, Pádua, 1964, pág. 119, nota 283. Admitindo no entanto que a falta de conformidade ao direito internacional de uma lei estrangeira possa ser considerada como um limite autónomo à sua applicação no estado do foro que o tenha recebido, vejáms-se os autores citados por FRANCO MOSCONI, *op. cit.*, nota 31.

²² Vejáms-se a este propósito o que diremos *infra*, Capítulo I, Secção III, págs. 235-245.

A CONSTITUIÇÃO E O MÉTODO CONFLITUAL

CAPÍTULO I

54. É agora o momento de abordarmos mais directamente a questão que no iniciar deste trabalho nos propusemos tratar, mau grado, como logo na altura sublinhámos, a estranheza que de certo modo rodeia a sua formulação e que provém em linha recta do entendimento tradicional da essência, natureza, função e funcionamento das regras de DIP. Cremos, contudo, que as considerações que começámos por fazer terão contribuído para tornar claro quanto a doutrina mais recente se tem afastado da imagem da nossa disciplina que de principio se apresentou (e que continua sem qualquer dúvida a ser a dominante), percorrendo um trilho em cujo normal desenvolvimento nos surge com toda a naturalidade o problema das relações entre o DIP e a Constituição. Relações essas que supõem, como não pode deixar de ser, que a nossa disciplina deixe de ser concebida como um direito exclusivamente formal, mera organização técnica que funcionaria sem olhar aos fins que tinham presidido à sua formação ou que, se nestes atentava, os reduzia também a objectivos de tipo igualmente formal, à luz dos quais não tinha cabimento, senão em termos excepcionais, a consideração do mérito ou do sentido dos resultados concretos a que a applicação das suas normas conduzia.

A superação do quadro em que classicamente laborava a doutrina dominante, ao transformar o objecto da sua investigação num ramo de direito como os demais, vem possibilitar a sua referência à Constituição. Importa no entanto ter presente que tal «normalização» do DIP — por ella se entendendo o reconhecimento de uma sujeição que onera todos os demais sectores do jurídico — não é feita à custa do sacrificio da especial estrutura normativa que caracteriza as suas normas.

(o que seria quase a mesma coisa que pretender destruir a especificidade própria das relações jurídicas por elas reguladas). Com efeito, alvo embora de vários ataques a cuja violência nos referimos, e se bem que associado a uma certa ideia do DIP que para além de o conceber quase como um dado esotérico coincide afinal com aquilo que hoje é objecto de crítica, o processo conflitual—isto é, a ideia de que na regulamentação das relações internacionais há que ter presente que o problema é também, senão em exclusivo, o do concurso de esferas de eficácia de várias leis—tende a ser mantido como estrutura indispensável para equacionar os problemas da nossa disciplina^{33b18}. O que está em causa não é pois a deposição pura e simples de uma metodologia, mas a sua adaptação a uma nova forma de conceber o DIP que a levará a deixar-se penetrar, aqui e além, pelos imperativos constitucionais.

É dos momentos em que se fará sentir essa permeabilidade e dos seus modos e formas, assim como dos seus limites possíveis, que ora passaremos a tratar. No entanto, e preliminarmente, importa, antes de indagar quais os aspectos da teoria clássica que urge reconsiderar, dizer alguma coisa sobre eventuais incidências das normas constitucionais sobre o método conflitual considerado em bloco.

a) A primeira das questões que a este respeito se pode pôr tem a ver com o carácter incompleto e até em muitos casos não legislado de que se reveste o sistema conflitual. Não constitui novidade alguma, com efeito, afirmar que, apesar da febre codificadora do século XIX e das inúmeras leis e projectos reunindo as regras de conflitos que viram a luz nos dois últimos decénios, a generalidade dos países não possui, organizado sob a forma legal, um corpo de princípios e normas por que os seus tribunais se devam orientar quando tenham de regular as relações internacionais que à sua apreciação

^{33b18} Além das obras citadas *supra*, cfr., por último, P. H. NEUBAUS, *Die Aktualität der Kodifikation des Internationalen Privatrechts*, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, 76 (1977), págs. 82-87.

sejam trazidas. E quando os têm o mais certo é que o instrumento legal em causa se revele as mais das vezes lacunoso, possuindo apenas um conjunto de directrizes muito gerais, válidas cada uma delas para as grandes zonas em que se subdivide o espaço jurídico, mas que não se encontram especializadas, digamos assim, para as várias situações da vida que podem a todo o momento surgir. Pode dizer-se que a progressiva especialização dos ordenamentos jurídico-privados não encontrou paralelo no DIP, que não foi criando novas regras de conflitos à medida que no direito privado surgiam institutos onde a ponderação de valores deveria de algum modo da que presidia tradicionalmente às suas normas. E daí que se tenha tomado consciência (e isto foi particularmente sensível nos Estados Unidos com a *interest approach*) de que muitas vezes a conexão estabelecida para um determinado sector jurídico, e legislativamente consagrada, não é adequada para uma dada situação que, muito embora se enquadre formalmente nesse sector, tem na sua base interesses que não estavam presentes, ao menos na sua actual configuração, nas situações em ordem às quais se estabeleceu a conexão, de modo que esta, ignorando-os, não constituiu resposta adequada para aquelas hipóteses de conflitos. O que faz com que também aqui nos venhamos a encontrar face a lacunas num domínio onde o seu número é já numeroso.

O problema não é exclusivo do DIP, como se sabe, mas também se não deve duvidar de que ele alcança aqui uma extensão que não conhece em outros ramos do direito. E é por isso que surge a questão de saber se o demasiado frequente silêncio do legislador nesta matéria será compatível com uma exigência comum a todas as constituições modernas—o princípio da legalidade, segundo o qual o comportamento dos indivíduos deve poder ordenar-se em relação a regras fixas e não ficar ao arbitrio dos órgãos que aplicam o direito³⁴. Não parece no entanto que o actual estado de desenvolvimento da doutrina do DIP e a situação de permanente

³⁴ Cfr. também MURAD FAKH, *L'interdépendance*, cit., págs. 144-145. O problema que estamos a referir atinge ainda maior expressão por

mutação e complexificação em que se encontram as relações jurídicas que aquele tem por missão regular permitiam que a breve prazo se caminhe para o estabelecimento de um conjunto completo e sem falhas de regras que viesse a obter congração a nível legislativo. A nossa disciplina terá ainda por muito tempo de viver também de regras que, nuns casos, serão a expressão de normas de direito consuetudinário — e não será aqui, dado o conhecimento que os particulares terão delas, que encontraremos um grande entorse ao princípio da legalidade — enquanto que noutros não passarão da procura efectuada, a nível jurisprudencial, da ordem jurídica que tenha maiores conexões com a situação concreta. Em casos como este não há dúvida de que também a certeza do direito será prejudicada (encontre ou não consagração legal a directiva que manda aplicar a lei que tem com a hipótese *sub iudice* uma *most significant relationship*), mas afigura-se ser este o prego que o DIP não se pode eximir a pagar por uma adequação dos seus comandos à problemática efectivamente presente nas situações da vida que regula.

b) O segundo ponto em que a Constituição pode influir no sistema conflitual é o da postura que este adopte perante a função, que em muitos ordenamentos é a assinalada às normas de conflito, de se limitarem a traçar o âmbito de aplicação das normas materiais do foro, desinteressando-se da solução dos casos que não venham cair sob o *imperium* desta. Nestas situações, em que o legislador do DIP faz apelo a regras de conflitos meramente unitários, a questão tem sido resolvida através da sua bilateralização, o que não deixa em qualquer caso de aumentar o número de hipóteses em que existe para resolver os casos concretos uma regra fixa consagrada legislativamente.

Tal bilateralização nem sempre é no entanto possível como se verificou por exemplo com a reforma francesa de 1975 sobre o divórcio internacional. Sobre os problemas por ela suscitados cfr. FRANCESCAKIS, *Le surprenant article 310 nouveau du Code Civil sur le divorce international*, *Revue*, vol. LXIV (1975), págs. 553-594; JEAN FOYER, *Tourmant et Retour aux sources en droit international privé? (l'article 310 nouveau du Code Civil)*, *La Semaine Juridique*, 1976, I, págs. 2762-2767; e MARTHE SIMON-DEPITRE, *Le nouvel article 310 du Code Civil*, *Cronet*, vol. 103 (1976), págs. 823-830.

os ordenamentos estrangeiros quando opta por regras de conflitos bilaterais. É sabido que podendo embora tratar as ordens jurídicas estrangeiras em rígida situação de paridade com a *lex fori* (exceptuada a incidência, mas esta mediata, da ordem pública internacional), o que na prática se verifica é o proliferar de situações de autêntico *favor foris*³⁵, e em tal quantidade que se pode admitir a existência de um costume internacional que sancione essa prática, admitindo a sua legitimidade³⁶. A sufragar-se, no entanto, a tese da absoluta igualdade de tratamento entre a ordem jurídica do foro e as estrangeiras³⁷, a Constituição seria o lugar indicado para formular tal princípio, assim obrigando o legislador do DIP à sua aceitação.

Enunciados estes dois aspectos em que a Constituição poderia interferir com o método conflitual globalmente considerado, resta-nos agora analisar os momentos do *processus* da aplicação do DIP, tal como a doutrina dominante o concebe, em que os imperativos constitucionais são chamados a desempenhar algum papel. Começaremos pela própria regra de conflitos, cujo conteúdo pode e deve ter em consideração os valores e opções da lei fundamental. Passaremos depois à lei estrangeira designada pela regra de conflitos do foro para reger a relação em causa: será a vez de indagarmos da possibilidade da sua aplicação se ver precludida em razão dos pre-

³⁵ Cfr. *supra*, Primeira Parte, Capítulo III, págs. 157-167.

³⁶ Assim WENGER, *Les conflits de lois et le principe d'égalité*, cit., pág. 207.

³⁷ Brillantemente sustentada por BARRERA MACHADO in *Conflitos de leis*, cit., nota ao art. 2.º. Veja-se também EDUARDO VITTA, *Il principio dell'uguaglianza tra «lex fori» e diritto straniero*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1964, págs. 1578-1665 e ainda *La «lex foris nei conflitti di leggi»*, D. I., vol. 18 (1964), págs. 301-323; WILLIAM WENGER, *The significance of the principle of equality in the conflict of laws*, *Law and Contemporary Problems*, 28 (1963), págs. 822-829. Em sentido contrário, no entanto, e para além dos autores citados na nota 8 da Introdução, veja-se HANS W. BAUME no simpósio sobre os conflitos de leis inserido no vol. 28 (1963) de *Law and Contemporary Problems*, págs. 673-678.

ceitos constitucionais do foro que fossem por ela eventualmente ofendidos, não já através do clássico mecanismo da ordem pública internacional mas mediante a intervenção da própria lei fundamental *qua tale* — através dos preceitos violados — que apareceria assim como um limite autónomo à aplicação do direito estrangeiro. Finalmente, referiremos ainda um outro eventual motivo de não aplicação da norma estrangeira designada pela regra de conflitos do foro: tratar-se-á então de saber se e em que circunstâncias poderá o juiz do foro não aplicar a lei estrangeira que contrarie os princípios constitucionais do seu ordenamento de origem (também aqui, ainda que de forma apenas indirecta, deparamos com uma influência da Constituição no resultado da aplicação do DIP).

SECÇÃO I

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO FORO E AS REGRAS DE CONFLITOS

55. A questão de uma eventual mensurabilidade das regras de conflitos pelos preceitos constitucionais constitua como é bem de ver à face do que ficou dito um evidente contrassenso para a doutrina dominante da nossa disciplina; e de outra maneira não seria fácil passar-se as coisas se atarmos na imagem do DIP em que ela se revia. De qualquer modo, não deixava de existir uma certa sensação de incomodidade proveniente da consciência da situação ímpar em que este ramo do direito ficava colocado em face da Constituição. Daí que os seus cultores tenham sentido a necessidade de vincar bem, ainda que de forma não unânime, quais os caracteres ou a função da regra de conflitos que a tornavam irredutível a uma apreciação à luz dos preceitos constitucionais.

A ideia mais comunmente desenvolvida a este respeito concretizava o carácter neutral das regras de conflitos reconduzindo-as a meras prescrições de ordem (*Ordnungsvorschriften*), simples critérios que traçariam o âmbito de aplicabilidade das soberanias estatais. A regra de conflitos seria assim desprovida de um conteúdo próprio que pudesse ferir

a Constituição, na medida em que as suas disposições se apresentariam com a mesma natureza, por exemplo, das leis de trânsito que mandam circular pela direita e não pela esquerda, formulando assim comandos que seriam indiferentes numa perspectiva valorativa, qualquer que esta fosse. Nesta construção, as regras de conflitos parecem estar aquém do limite diferencial que poderia provocar a sensibilização dos preceitos constitucionais. Seria no fundo a sua condição de *infra-normas* (na medida em que não regulariam comportamentos, apenas se preocupando com a articulação dos vários sistemas jurídicos) que não lhes permitiria atentar contra a Constituição.²⁸ Alguns dos autores que seguem esta perspectiva apressam-se a declarar, no entanto, que as normas para as quais remete a regra de conflitos, essas sim é que, porque regras materiais e regulando agora os comportamentos humanos, podem vir a contrariar os preceitos da Constituição, sendo em relação a elas que se devem pôr questões de inconstitucionalidade. Mas a regra de conflitos em si não seria atingida pelo resultado da apreciação da compatibilidade à Constituição das normas por ela designadas.²⁹

²⁸ Neste sentido é típica a seguinte formulação de F. DURANT: «La norma di diritto internazionale privato in quanto meramente strumentale e pertanto priva di un proprio contenuto sostanziale non può essere commisurata ad un principio di diritto sostanziale quale quello dell'uguaglianza ed altri principi fondamentali costituzionali. Infatti la violazione di tali principi non può essere valutata astrattamente, cioè senza tener conto del contenuto concreto delle norme applicabili al rapporto (citado por TITO BALLARNO, *Costituzione, cit.*, págs. 75-76, nota 23).

²⁹ Há no entanto quem sustente que no caso de a norma estrangeira (ou nacional) designada pela regra de conflitos se revelar inconstitucional, este vício se vem a repercutir, ainda que com efeitos limitados ao caso concreto, sobre a própria regra conflitual. Trata-se-se assim como que de uma inconstitucionalidade pontual desta norma, que, não o sendo em via de princípio, acabaria por merecer tal qualificação sempre que afinal remettesse para uma regra material que estivesse em contradição com os valores constitucionais do foro. Assim MORELLI, *Controllo della costituzionalità di norme straniere*, Rivista italiana per le scienze giuridiche, série III, Ano VIII (1954), pág. 36. Para tanto, e segundo o mesmo autor, haveria que evitar a aplicação das

CAPÍTULO II

A CONSTITUIÇÃO E OS SECTORES DO DIP
DE ALGUM MODO SUBTRAÍDOS AO METODO CONFLICTUAL

66. Como se escreveu ao longo de toda a Primeira Parte deste trabalho, o sector nuclear do DIP e por muitos confundido com o âmbito exclusivo da nossa disciplina — o campo dos conflitos de leis — viu surgir, ao lado e de certo modo em opposição à metodologia conflictual clássica, novos processos de regulamentação das relações privadas internacionais.

Estamos sobretudo a pensar na defesa que recentemente se generalizou, quer de soluções materiais para o problema do DIP, quer da existência de preceitos jurídicos internos cuja aplicação não dependeria do funcionamento do mecanismo conflictual (as chamadas leis de aplicação necessária ou imediata).

A propósito destas novas formas de solução dos litígios privados internacionais parece displicendo assinalar-se que a influência da Constituição se faz sentir igualmente aqui (do mesmo modo que nos casos em que vigora o método clássico, senão por maioria de razão). O ponto parece-nos pacífico pelo que nele nos não deteremos, limitando-nos tão-só a alinhar três ordens de razões que claramente apontam neste sentido.

Desde logo, e em primeiro lugar, as considerações que fizemos acima sobre o lugar da Constituição em qualquer ordem jurídica valem igualmente neste domínio, pelo que há que concluir da mesma forma pela supremacia, nesta sede, da lei fundamental.

Depois, cumpre não esquecer que o argumento mais abundantemente invocado para excluir a incidência da lei fundamental no campo do DIP era o de este ramo de Direito

ser constituído por normas especiais — as normas de conflitos — que possuíam uma estrutura tal que impedia que quanto a eles lograsse sentido a fiscalização da constitucionalidade. Ora o que caracteriza os sectores normativos a que nos estamos a referir é precisamente a superação do método conflictual e a aplicação de soluções materiais análogas às dos demais ramos de Direito¹²⁵. Assim sendo, resulta evidente que, ultrapassado o motivo que muitos persistentemente alegavam como causa de exclusão da subordinação do DIP à Constituição, não sobraría a mínima justificação para sustentar esse ponto de vista.

Finalmente, importa ainda notar que o aparecimento de um dos dois vectores metodológicos a que nos referimos — o das leis de aplicação necessária ou imediata — traduz uma como que publicação de uma disciplina até então remota para os domínios puramente privados. Ora, se como se demonstrou na Primeira Parte deste trabalho, também o DIP se desneutraliza e ganha dimensões públicas (ou até políticas em sentido lato) como pretender que os sectores que justamente exprimem mais agudamente essa publicação se mostrem insensíveis ao estatuto-base do político numa comunidade estadual, isto é, à sua Constituição?

67. Além dos problemas do conflito de leis, incluem-se geralmente também no âmbito da nossa disciplina, em função da interdependência das questões que constituem o seu objecto¹²⁶, os problemas da nacionalidade, da condição dos estrangeiros e dos conflitos de jurisdições. De forma muito sumária embora, não deixaremos de apontar um ou outro aspecto demonstrativo da existência dos laços entre estes domínios e a Constituição.

¹²⁵ Se o que se afirma é claríssimo para o chamado DIP material não deixa de ser igualmente válido para as normas de aplicação necessária e imediata, igualmente normas materiais pela sua estrutura. Cfr. o que se disse *supra*, Primeira Parte, Capítulo II, Secção I, B, págs. 112-122.

¹²⁶ Veja-se neste sentido, por ex., o que escreve FERRER CORREIA nas suas *Lições*, cit., págs. 79-83.

Comecemos pela nacionalidade. Regulado por normas materiais, este ramo de Direito aparece sem qualquer dúvida como passível de, pela sua estrutura formal, ser influenciado nas suas opções pelo conteúdo das normas constitucionais do ordenamento respectivo. E também se não desconhece a multiplicidade de exemplos que a história do Direito e a sua evolução nos deram e que bem ilustram este facto. Assim, e desde logo, a questão da igualdade jurídica da mulher veio tornar inconstitucionais as disposições que faziam que por mero efeito do casamento e sem intervenção da sua vontade a mulher adquirisse a nacionalidade do marido ou perdesse a própria¹²⁷. Por outro lado, a introdução nas leis fundametais de disposições proibindo às autoridades estaduais privadas da nacionalidade os seus cidadãos traz também como consequência a inconstitucionalidade da faculdade geralmente reconhecida aos governos de retirarem a cidadania ao seus súbditos¹²⁸.

¹²⁷ Neste sentido, veja-se FERRARO DE CASTRO, *La Costituzione española cit.*, págs. 77 e 97-101; NEURHAUS, *Zur Zivilrechtlichen Gleichstellung, cit.*, págs. 523-524; ANDREA GIARDINA, *L'egualianza, cit.*, pág. 7. Recentemente, a *Corte Costituzionale* italiana declarou inconstitucionais as disposições que previam a perda da nacionalidade italiana, sem a sua vontade, por parte da mulher que casava com estrangeiro e ainda que estabeleciam a este respeito um regime legal diferente do vigorante para o marido (cfr. Rivista, vol. XI (1975), págs. 515-518). Entre nós o problema põe-se da mesma forma para as bases X e XVIII, alínea c), da Lei n.º 2098 em face do disposto no artigo 13.º da Constituição de 1976.

¹²⁸ Veja-se, por ex., o art. 16.º da *Grundgesetz* da República Federal Alemã e, ainda que inexplícitamente com efeitos mais limitados, o artigo 30.º n.º 4 da Constituição Portuguesa. Isto quanto à privação individual da nacionalidade. Quanto à privação colectiva da nacionalidade (abrangendo largas camadas populacionais) também parece que ela se deverá considerar abrangida na proibição genérica do artigo 13.º, n.º 2 da Constituição actual. Assim sendo, seria também inconstitucional o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 308-A/75, de 24 de Junho, verdadeira *lex celerata* em que, contrariando elementos princípios de direito internacional público e a prática internacional mais recente, se retirou a nacionalidade portuguesa a um número indeterminado de cidadãos nascidos ou domiciliados nas antigas províncias ultramarinas

O que se disse quanto à nacionalidade vale igualmente quanto à condição dos estrangeiros, domínio também disciplinado por normas materiais e em cuja regulamentação se pode notar distintamente a influência das concepções fundamentais de cada comunidade política¹²⁹. Entre nós haverá que atender de forma especial aos arts. 15.º, 22.º e 23.º da Constituição que regulam directamente aspectos básicos desta problemática.

Já o conflito de jurisdições, pelo contrário, nos aparece fundamentalmente resolvido através de normas conflitivas. Este simples facto não obsta, no entanto (e, como já vimos a propósito da resolução dos conflitos de leis, no Capítulo II desta Segunda Parte) a que a Constituição não possa influenciar as soluções concretas que vierem a ser obtidas, nos termos que atrás referimos. Particularmente importante poderá revelar-se, em sede de reconhecimento de sentenças estrangeiras, o respeito pelas normas constitucionais do foro, que, a serem ignoradas, acarretarão como consequência necessária, quer pelo mecanismo da ordem pública internacional quer por aplicação directa dos direitos fundamentais, o não reconhecimento da sentença estrangeira na ordem jurídica do foro¹³⁰.

E com estas breves notas encerramos a referência que apenas por razões de ordem sistemática e de coerência global entendemos dever também aqui fazer às zonas do DIP onde

portuguesas (sobre o ponto, veja-se o que escrevemos em *Nacionalidade e Descolonização, cit.*, *passim*, e especialmente págs. 331-358 e págs. 33-59 da separata e em nota à tradução francesa da referida lei publicada na Revue, vol. LXVII (1978), págs. 185-186). No sentido oposto ao seguido pelo legislador português pronunciou-se recentemente o Tribunal de Milão, ao decidir que os italianos residentes na Líbia que com o acesso deste país à independência não adquiriram a nacionalidade do novo Estado continuam sendo cidadãos italianos (sentença de 20 de Maio de 1974, publicada na *Rivista*, n.º XI (1975), págs. 530-535).

¹²⁹ Assim o reconhecem, por ex., FERRARO DE CASTRO, *La Costituzione española, cit.*, págs. 101-102; e NIROYET, *La récente Constitution française, cit.*, págs. 30-36.

¹³⁰ Neste sentido se pronuncia igualmente CATHERINE LABROUSSE, *Droit Constitutionnel, cit.*, pág. 42.

o problema é outro que não o do conflito de leis. Cremos que o ponto não justifica que-nos alonguemos muito mais visto que a questão nesta sede perde toda a especificidade ou porque, tratando-se de zonas cobertas por normas materiais, a questão nunca suscita especiais dúvidas sendo resolvida como no restante direito interno, ou porque, tratando-se pelo contrário de sectores dominados por regras conflituais, colhem aqui, por identidade de razão, as considerações que fizemos no capítulo anterior.

Em face do que julgamos poder remeter genericamente para o que acima se escreveu.

CONCLUSÃO

68. Chegados ao termo do caminho que nos tínhamos imposto percorrer há que tentar recordar de alguma forma o que ao longo da presente investigação nos parece dever ser fundamentalmente retido. Ao invés de empreendermos um resumo de tudo o que fica escrito, preferimos realçar a ideia que cremos daí emerge com mais intensidade. É ela a de que o direito internacional privado clássico é hoje em dia objecto de uma reconsideração global da sua essência, das finalidades que se propõe e dos métodos que emprega para as alcançar; e, além disso, que a vinculação à Constituição aparece não só como novidade mas como trave-mestra da nova concepção da disciplina que se começa a poder descortinar.

Saber se nos encontramos perante um elemento chave para a construção do novo DIP ou se, ao contrário, e como pretendem alguns¹³¹, a tendência para afirmar a validade irrenunciável do direito constitucional nacional, com a correspondente restrição da aplicação do direito estrangeiro, não passa de aparição transitória, mera forma inadequada de evitar as consequências de certos princípios tradicionais do DIP (como o da nacionalidade) é matéria que não pode ainda considerar-se resolvida em definitivo. De qualquer modo, o que é certo é encontrarem-se cada vez mais nesta linha de pensamento a doutrina e a jurisprudência (e até a legislação)¹³² dos vários países, logrando-se um certo consenso acerca do núcleo base da nova problemática.

¹³¹ É o caso de NEUBAUS no seu *Empfiehit sich*, cit., pág. 454.

¹³² Nesta linha parece pretender enfiletrar, entre nós, a proposta de lei de adaptação do Código Civil à Constituição da República em