

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

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 viciados — 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 passarem-se as coisas se atentaríamos 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 sensibilidade 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 Constituição³⁸. 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 designadas³⁹.

³⁸ 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 puo essere commissurata ad un principio di diritto sostanziale quale quello dell'uguaglianza ed altri principi fondamentali costituzionali. Infatti la violazione di tali principi non puo 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).

³⁹ 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. Tratar-se-ia 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), págs. 36. Para tanto, e segundo o mesmo autor, haveria que evitar a aplicação das

Ao lado desta construção que vê nas regras de conflitos como que normas menores do ordenamento jurídico — que, enquanto tais, não reuniram as condições necessárias para poder atentar contra a Constituição — desenvolveu-se uma outra que atingia o mesmo resultado — a sua neutralidade face aos preceitos constitucionais — mas pelo caminho oposto. Com efeito, o que agora se sustenta é possuírem elas a natureza quase que de *super-normas* que se situariam fora do quadro onde as normas de um ordenamento se encontram sujeitas à Constituição, para aparecerem para além do limite diferencial de sensibilidade dos preceitos constitucionais, numa posição análoga à das chamadas normas para-constitucionais. Argumentava-se neste sentido com a velha ideia de ROBERTO AGO⁴⁰ para quem as regras de conflitos eram normas sobre a produção jurídica, normas que permitiam a criação de um direito especial aplicável às relações internacionais e que, por

normas em causa sem o que isso acarretaria a inconstitucionalidade da regra de conflitos. A mesma opinião foi recentemente sustentada entre nós pelo representante do Ministério Público num processo que correu os seus termos na 2.ª Secção do quarto juízo civil da comarca de Lisboa.

⁴⁰ *Teoria del diritto internazionale privato*, Pádua, 1934, págs. 113 e segs. No mesmo sentido, veja-se também, agora na doutrina estadunidense, o trabalho de ROSS *Has the Conflict of Laws become a branch of Constitutional Law?* (Minnesota Law Review, vol. 15 (1931), pág. 161).

Para além desta construção, a doutrina italiana desenvolveu ainda em ordem ao mesmo objectivo uma outra que fazia derivar das características específicas do sistema italiano de DIP a sua condição de direito paraconstitucional. Citava-se a esse respeito a circunstância de, por influência de MANCINI, as regras de conflitos italianas serem elaboradas de forma bilateral e praticamente sem que no sistema houvesse lugar a discriminações que favorecessem a *lex fori* face à lei estrangeira. O grau de abstracção que seria típico do DIP, que assim aparecia quase como uma declaração de princípios, permitir-lhe-ia ter assento num diploma constitucional. E como na altura do seu surgimento não existia, formalizada, uma radical distinção entre normas constitucionais e normas ordinárias era admissível que o legislador tivesse querido dar às normas fundamentais de DIP a natureza constitucional (cfr. a propósito TIRO BALARINO, *Costituzione e Diritto Internazionale Privato*, D. I., vol. 24 (1974), pág. 24).

isso mesmo, estavam colocadas numa situação semelhante à das normas constitucionais. E mesmo autores que se demarcavam desta visão não hesitavam em colocar as regras de conflitos em posição análoga, se bem que não reclamando já para elas o manto da para-constitucionalidade. De qualquer modo, não deixa de se frisar a situação particular que elas possuíam no ordenamento jurídico, e a posição superior que ocupavam em relação às regras materiais⁴¹. Posição essa que lhes permitiria não estarem vinculadas aos preceitos constitucionais.

Quer se acentuasse a instrumentalidade das regras de conflitos quer se preferisse sublinhar a posição hierárquica que elas ocupavam no contexto do ordenamento jurídico, o certo é que, mau grado a oposição das vias utilizadas, o resultado final era idêntico: em qualquer dos casos se concluiu pela sua neutralidade valorativa e se afirmava em consequência a insusceptibilidade de tais normas virem a sofrer um confronto com os preceitos constitucionais. A convicção formou-se de tal forma que a aconstitucionalidade das regras de conflitos passou a aparecer não já como uma consequência da verificação de que neste como naquele caso a Constituição não implicava de forma alguma com uma ou outra daquelas regras, mas como um dado conatural, essencial à sua natureza. À argumentação a que acima fazemos referência não era já pois discutida, antes ficava na sombra dado o carácter de evidência primária da conclusão a que conduzia. Apenas um

⁴¹ Assim, por ex., QUADRI refere que «le c. d. norme scritte di d. i. privato hanno natura costruttiva, nel senso appunto di contribuire a formare il preceito dello norme *agerdi*. Esse esauriscono la loro funzione all'interno dell'ordinamento giuridico. Non vengono a contatto con l'esperienza sociale». (Lezioni, cit., pág. 322). Entre nós também BAPTISTA MACHADO ao considerar as regras de conflitos como meras *regulae decidendi*, somente dirigidas a diminuir os concursos de leis e não procurando por isso modelar o comportamento dos indivíduos (embora admitindo que estes se pudessem orientar por elas, assim as transformando em verdadeiras *regulae agendi*) parece supor que esta sua função as afasta das considerações valorativas presentes nas regras de direito material (*Âmbito, cit., passim*).

forte choque poderia vir fazer mudar o rumo das coisas, retirar à conclusão o seu carácter apodíctico e reabrir o debate em torno da valia dos argumentos aduzidos para justificar a posição final adoptada.

56. Seria o princípio da *Gleichberechtigung* que viria servir de catalizador a uma tal alteração. Como é sabido, as Constituições posteriores à segunda guerra mundial retomaram o princípio da igualdade, concretizando ao mesmo tempo as várias formas de discriminação que de aí em diante ficavam proibidas. Como novidade, e na sequência da consideração das normas constitucionais como verdadeiras normas jurídicas⁴², declarava-se que estes preceitos eram directamente aplicáveis (o que significava que os direitos neles reconhecidos podiam fazer-se valer sem dependência da sua consagração na lei ordinária), ao mesmo tempo que se impunham prazos para a revisão da legislação vigente por eles afectada, decorridos os quais as normas constitucionais substituiriam as leis existentes. Um dos ramos de Direito particularmente afectado por esta inovação — que não o é de todo pois que o princípio da igualdade vinha já de Constituições anteriores, só que se não retiravam dele os corolários ora entrevistos — foi o direito da família, até então construído à base da posição predominante que era reconhecida ao marido, na administração dos bens do casal e mesmo dos próprios da mulher, na educação dos filhos, na determinação do domicílio conjugal, na permissão que tinha que conceder para que a mulher exercesse determinadas actividades (como o comércio), etc. De tal modo que pode dizer-se que sob a influência do princípio constitucional da igualdade o direito familiar dos vários estados europeus sofreu assim por esta época uma profunda revolução⁴³.

⁴² Cfr. PAOLO BARILE, *La Costituzione come norme giuridica*, Firenze, 1951, págs. 61-87.

⁴³ Revolução que tendo em mira a realização do princípio da igualdade dos cônjuges não conduziu em toda a parte aos mesmos resultados. A sua pedra de toque — ou uma delas — foi a configuração

A mesma conjugação de razões que no direito interno levava à posição de nítido predomínio do marido no seio da família era responsável no plano das regras de conflitos pela utilização a título principal ou subsidiário da conexão nacionalidade (ou residência) do marido como critério decisivo

ção do marido enquanto chefe da família, circunstância que no entender de muitos retrava qualquer significado à afirmação do princípio da igualdade. No sentido da manutenção desta figura se pronunciou no entanto, e por unanimidade, a Faculdade de Direito de Paris por ocasião da reforma de 1965. MAZKAD, visionando o momento em que tal posição do marido tivesse desaparecido, escreveria: «o tribunal fixará a residência das partes, pronunciar-se-á sobre a educação dos filhos, estabelecerá o modo de viver do casal — e os cônjuges, acostumados a recorrer ao juiz para todas as suas disputas, em breve julgarão mais simples pedir-lhe que dissolva a sua união.» (*Léçons de Droit Civil*, 3.^o edição, Paris, 1960, n.^o 1071, pág. 1078). O espectro da instabilidade dos casamentos provocado por tal supressão (que alguns viam quase como um incentivo à dissolução das uniões matrimoniais) travou no entanto a total realização do princípio. Na Itália, por exemplo, o art. 114.^o do Código Civil mantém o marido como chefe de família e essa doutrina tem sido defendida com base no art. 29.^o da Constituição de 1947 que tutela a unidade da instituição familiar. Não parece ser esta, porém, a única razão para tal situação, uma vez que o direito italiano mantém, fora do direito da família, outras discriminações fundadas no sexo. É assim que, apesar do art. 51.^o da Constituição consagrar o princípio da igualdade no provimento de funções e cargos públicos, o Conselho de Estado, considerando tratar-se de uma mera directiva, como tal não directamente aplicável, negou à mulher o acesso à carreira diplomática e consular. Noutros países como a Alemanha Federal, a Grã-Bretanha, os Países de Leste e Portugal (depois da Constituição de 1976) a igualdade é absoluta o que dá origem como o reconhece MÜLLER-FREIENFELDS, à criação de uma atmosfera familiar fundamentalmente diferente da de há 30 anos atrás (*Family Law and the Law of Succession in Germany*, I, C. L. Q., vol. 16 (1967), págs. 409, 425 e, entre nós, PEREIRA CORREIO, *Curso de Direito da Família*, Coimbra, 1977, págs. 43-47). Considerando a igualdade dos cônjuges no casamento um princípio do futuro direito europeu da família, veja-se A. G. CHOLOROS, *Principle, Reason and Policy in the Development of European Law*, I, C. L. Q., 17 (1968), pág. 85. Para uma visão geral desta problemática, cfr. ALPONSO DE COSSO, *Les tendances de la législation et de la jurisprudence modernes vers une égalisation de la condition juridique des époux*, Rapports généraux au V.^o Congrès international de droit comparé, Bruxelas, 1970, págs. 267-287.

para resolução dos problemas postos pelas relações conjugais de esposos de estatuto pessoal diferente. Se se tratou aqui de uma influência directa da mesma visão da instituição familiar, ou se tal concepção apenas indirectamente se veio a reflectir na conexão escolhida⁴⁴, é ponto que aqui não iremos dilucidar, até porque pouco adiantaria ao que ora nos interessa. Como quer que seja, o que importa é que também no DIP a conexão jurídica podia vir a ser determinada em atenção a qualidades que eram apenas de um dos cônjuges e esse era o marido.

Daí que nos primeiros anos da década de 50 se tivesse suscitado a questão de saber se a *Gleichberechtigung* não deveria também ser extensiva ao campo das relações internacionais, concretamente à formulação das regras de conflitos, assim obrigando a pôr de lado a tradicional conexão da lei pessoal do marido em ordem à qual se resolviam os conflitos de leis no casamento, pelo menos nos casos em que os cônjuges possuíam estatutos pessoais diferentes.

O problema começou inicialmente a ser considerado à luz da ideia de que a igualdade jurídica da mulher exigia uma reforma do DIP⁴⁵ que o dotasse de regras que evitassem confrontos com a Constituição⁴⁶. Pese embora a moderação que tal colocação do problema supunha, não é menos certo que ela admitia já, ainda que implicitamente, que a *Gleichberechtigung*

⁴⁴ Indirectamente, na medida em que podemos perfeitamente admitir que o legislador, ao escolher a regra de conflitos, não tenha tido em mente actuar a concepção geral que informava o seu direito interno. Com efeito, a sua intenção poderia esgotar-se apenas na determinação do ordenamento que se encontrava em situação abstratamente mais adequada para a reger. Ora, sendo o marido o chefe da família, o centro à volta do qual gravitava a vida familiar, era possível e normal pensar-se que seria a sua lei pessoal a ordem jurídica naturalmente vocacionada para reger as relações pessoais no contexto desta instituição. E, desta forma, a escolha da lei teria em conta apenas razões de carácter conflitual, permanecendo estranha à filosofia que orientava o direito interno correspondente.

⁴⁵ Assim, NEUBHAUS, *Zur Zivilrechtlichen Gleichstellung der Ehefrau ausserhalb des BGB*, J. Z., 1952, pág. 523.
⁴⁶ SCHWIND, *Problems*, cit., pág. 432.

gung não era um valor cujas aplicações se esgotavam todas elas no âmbito do puro direito material⁴⁷, antes devendo incluir igualmente no DIP⁴⁸.

Este modo de pôr a questão significava desde logo a superação das ideias que HANS DÖLLE num artigo pioneiro começara por adiantar a respeito do problema⁴⁹. Nesse trabalho, o autor sustentava ser necessário optar ao querer concretizar nas leis ordinárias a *Gleichberechtigung*, entre duas formas distintas de conceber a igualdade jurídica: uma, de tipo mecânico, rejeitaria toda e qualquer restrição ao princípio com receio de que a mínima concessão o viesse a ferir na sua essência; a outra, a que DÖLLE chama de igualdade orgânica, aceitaria que a Constituição não teria abolido a distinção natural entre o homem e a mulher⁵⁰ pelo que haveria que a tomar em consideração para que as normas jurídicas não perdessem de vista a realidade a que se dirigem. Deste modo, a igualdade jurídica (orgânica, diríamos nós: real) obter-se-ia através de um conjunto de desigualdades legais que compensariam as desigualdades naturais. E com este entendimento, digamos, algo restrictivo, da *Gleichberechtigung* que DÖLLE parte para a questão da sua eventual aplicação ao campo do DIP. Assim, a sua ideia é a de que, competindo apenas à regra de conflitos designar a ordem jurídica que deve reger uma determinada relação, não lhe cabe pretender estender a validade de princípios reconhecidos no seu direito interno para além da sua esfera de aplicação, conferindo-lhe qualquer papel na determinação da lei competente;

⁴⁷ WOLFRAN MÜLLER-FREYENFELS, *Scheidungsstatut und Gleichberechtigung*, J. Z., 1965, pág. 143.

⁴⁸ ALEXANDER MAKAROV, *Die Gleichberechtigung der Frau und das Internationale Privatrecht*, Rabels, vol. 17 (1952), pág. 382.

⁴⁹ HANS DÖLLE, *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht, in Um Recht und Gerechtigkeit*, Festschrift für E. KAUFMANN, Stuttgart-Köln, 1950, págs. 39-46 e também publicado em tradução francesa (*L'égalité de l'homme et de la femme dans le droit de la famille*) na Revue Internationale de Droit Comparé, vol. 2 (1950), págs. 250-275, especialmente págs. 268-275.

⁵⁰ Respeitando assim os limites que um célebre brocardo punha à competência do Parlamento inglês.

antes o legislador do foro, tendo embora todo o cuidado em realizar a igualdade jurídica no seu ordenamento interno, não deveria pretender estendê-la às regras de conflitos, pois que isso significaria projectar um princípio de direito nacional num campo onde outros ordenamentos reivindicam a sua competência⁵¹, assim lesando o valor fundamental do DIP — a harmonia jurídica. Daí que o tratamento desigual do homem e da mulher nem sequer devesse, no seu entender, ser evitado através da ordem pública. DÖLLE terminava dando o seu aval às normas de conflitos da *EGBGB* tais como eram entendidas pela doutrina.

O que há pouco dissemos sobre as posições de NEUBAUS, de MÜLLER-FREYENFELDS e de MAKAROV⁵² denuncia no entanto uma clara ultrapassagem das teses de DÖLLE. Contudo, se estes autores concordavam em levar a *Gleichberechtigung* ao DIP, o seu acordo terminava aí, não se estendendo ao conteúdo das alterações a introduzir neste. E para além de DÖLLE outras vozes se elevavam afirmando a dificuldade de uma real contradição entre as regras de conflitos e a Constituição⁵³.

De qualquer modo, a questão da constitucionalidade das regras de conflitos aparece levantada apenas como só tendo lugar a propósito da escolha do elemento de conexão, chegando-se a afirmar ser a *Gleichberechtigung* o único preceito constitucional relevante para a conformação daquelas regras⁵⁴. Para que se pudesse no entanto lograr a penetração de este como qualquer outro princípio na formulação e nas escolhas feitas pelas regras de conflitos tornava-se necessário superar a construção teórica da regra de conflitos acima referida.

⁵¹ DÖLLE, *L'égalité*, cit., pág. 269.

⁵² Vide *supra*, notas 45, 47 e 48.

⁵³ Assim o Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht (Rabels, vol. 18 (1953), pág. 119) e KRAEZ. (*Internationales Privatrecht*, 3.ª edição, Munique, 1971, págs. 392-394). Mais tarde, no entanto, DÖLLE atenuaria um pouco a sua posição (*Internationales Privatrecht*, cit., págs. 20-21)

⁵⁴ Assim, EDWARDS VITTA, *Diritto Internazionale Privato*, vol. I, Turim, 1972, pág. 52.

57. O principal artífice desta transformação, no que respeita à destruição da imagem corrente da nossa disciplina, limitando-a embora a um esforço em ordem a apresentar a regra de conflitos como susceptível de ser influenciada pelos preceitos constitucionais, foi o alemão GÜNTHER BEITZKE⁵⁵. O seu ponto de partida residia na ideia de que o DIP enquanto direito interno estava submetido aos mesmos princípios que o restante direito estadual. Pretender o contrário, isto é, fazer como DÖLLE, que não queria levar a *Gleichberechtigung* às regras de conflitos por ser ela um princípio de direito interno, é que seria algo incompreensível, uma verdadeira petição de princípio. Antes, e em primeira linha, importava reconhecer, até prova em contrário, a apárida dos princípios constitucionais para influenciar o DIP, pois que, ainda segundo o nosso autor, as posições a tomar em sede de constitucionalidade das regras de conflitos terão de partir das normas constitucionais e do seu alcance, e não do DIP e da natureza das suas tarefas⁵⁶ — o que parece derivar sem mais do lugar da Constituição no contexto da ordem jurídica.

BEITZKE não se limita porém, a reafirmar a vocação da Constituição a iluminar também a construção do DIP. Vai mais longe, atacando a questão agora pelo lado da nossa disciplina, em ordem a combater a ideia de uma especial conexão das regras de conflitos que não permitiria o seu confronto com os princípios constitucionais. Para tanto, começa por sublinhar que mesmo as *Ordnungsvorschriften* não são nunca completamente neutras, pois estão orientadas para a protecção de certos interesses, o que implica que a ordem que asseguram não seja uma ordem qualquer, mas uma ordem determinada, pelo que, permanecendo ao serviço dela não poderão deixar de ser influenciadas pelas valorações constitucionais, nomeadamente pelo conteúdo dos direitos fundamentais, necessariamente dados constitutivos dessa ordem. Por outro lado — e aqui BEITZKE retoma a linha de pensamento que já desenvolvera anos antes no seu estudo para o

⁵⁵ Cfr. *Grundgesetz*, cit., págs. 10-33.

⁵⁶ Cfr. *Grundgesetz*, cit., págs. 10-33.

Festschrift de SMEND ⁵⁷ — as prescrições de ordem utilizadas pelo DIP nunca poderiam ser meramente formais, pois que este ramo do Direito não deixa de visar a correcta solução jurídico-material dos problemas da vida jurídico-privada internacional. Daí que seja imperioso ver nas suas regras a concretização de uma ideia de justiça, pouco importando agora aqui que essa justiça seja de tipo diferente da que é prosseguida no direito material (e já vimos quanto este ponto é modernamente posto em causa), o que significa que as regras de conflitos não são de alguma forma neutras, antes perseguem uma determinada ideia de justiça.

Se a escolha dos elementos de conexão não se pode já dizer, segundo esta óptica, constitucionalmente indiferente — na justa medida em que, ancorando-se todo o nosso conhecimento jurídico na Constituição, urge eliminar os critérios de decisão de conflitos que se revelem incompatíveis com ela — importa no entanto verificar se a lei fundamental terá mesmo em vista que se deixe de utilizar uma determinada conexão. Não se discute já que a Constituição o não possa fazer ou que a natureza do DIP o impeça, mas antes o que se pergunta é se a Constituição interessa a exclusão (pelo menos em certos casos) de um determinado elemento de conexão sob a alegação de eventual contrariedade aos seus preceitos.

Para que a questão se nos ofereça com maior nitidez recorramos de novo ao exemplo da *Gleichberechtigung*. Não se pergunta agora já, como DÖLLE o fazia, se a Constituição pretenda ditar este princípio só para o seu direito interno ou se entende também moldar por ele relações que caíem na órbita de outros ordenamentos. Não está portanto aqui em causa o âmbito do princípio. Antes o que se quer saber é qual o seu conteúdo, isto é, se o que se procura é uma igualdade material — isto é, que no fim de contas a lei a aplicar não faça quaisquer discriminações — ou se se visa também uma igualdade conflitual — no sentido de que também à regra de conflitos esteja vedado fazê-las. Aparentemente, dir-se-á, não se vê — na ausência de qualquer distin-

⁵⁷ Cfr. *supra*, Introdução, nota 32.

ção — porque é que a Constituição não terá pretendido os dois resultados. De resto os textos costumam ser expressos a este respeito, proibindo expressamente a prática de *qualquer* discriminação, seja qual for o seu tipo. Acontece, no entanto, que surge aqui um elemento perturbador, que resulta na circunstância da não coincidência necessária da igualdade material com a igualdade conflitual. Isto é, concretizando, pode dar-se o caso de, numa situação internacional determinada, o emprego da conexão lei pessoal do marido (que viola o princípio da igualdade conflitual) conduzir à aplicação de uma ordem jurídica que trata os cônjuges sem qualquer discriminação, enquanto a conexão domicílio comum dos cônjuges (que respeita o princípio da igualdade conflitual) pode suscitar a aplicação de uma lei onde os cônjuges sejam desigualmente tratados.

Em casos como este — em que a igualdade conflitual conduz a um tratamento material discriminatório, o que não aconteceria se se tivesse utilizado uma conexão que não respeitasse o princípio da igualdade — sustenta-se que importa definir o que pretende de facto a Constituição. E, para alguns, não restam dúvidas que o que ela visa assegurar ao falar em igualdade jurídica é um comportamento idêntico em matéria de fundo ⁵⁸.

O esclarecimento deste problema conduz-nos no entanto, visto que admitimos ser a Constituição a fonte principal de respostas à nossa dificuldade, a interrogarmo-nos sobre o que visa efectivamente a *Gleichberechtigung*. Ora parece seguro ter-se em vista com a sua consagração a proscrição do arbitrio, de uma diferença marcada entre situações idênticas ⁵⁹, e o que é certo é que a utilização da conexão lei pessoal do marido, envolvendo como envolve uma discriminação para a mulher, não se esgota em efeitos meramente teóricos, pois

⁵⁸ Assim, por ex., FEDERICO DE CASTRO, *La Constitución española*, cit., pág. 99 e KARL FIRSHING, *De la filiation en droit français, autrichien et allemand*, Revue internationale de droit comparé, vol. 24 (1973), pág. 21 (também incluído no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 242 (Janeiro de 1975), págs. 453-507).

⁵⁹ Assim, WENGLER, *Les conflits de lois*, cit., pág. 519.

que coloca de facto esta em situação desfavorável ao não lhe permitir (ao contrário do que acontece com o outro cônjuge) a utilização do seu estatuto pessoal. Pelo que o marido, nos países que utilizam a nacionalidade como critério definidor daquele estatuto (e que são, por exemplo, a maioria na Europa), poderá, com a simples alteração deste, manipular a lei reguladora das relações pessoais no casamento, assim logrando a obtenção dos fins que eventualmente tiver em vista, enquanto a mulher permanecerá manietada, nada podendo fazer no sentido de evitar tal resultado.

Assente que a discriminação em causa contém em si efectivas situações de prejuizo para um dos cônjuges, parte da doutrina tem vindo a reconhecer a inconstitucionalidade da conexão referida⁶. E parece ser esta a posição correcta pois que nos casos em que em virtude da opção por uma conexão «constitucional» se correr o perigo de vir a aplicar um regime material discriminatório resta sempre, para além do que em seguida diremos, o recurso à ordem pública internacional, assim se conjurando os perigos apontados por alguns autores e a que acima fizemos referência.

Contudo, em certos sistemas jurídicos (por exemplo no italiano) esta evolução tem sido travada com a invocação de um princípio constitucional (no caso o art. 29.^o, Segunda Parte) que garante a unidade da família. Para alguns autores⁷, a

⁶ Assim, BERTZKE, *Grundgesetz*, cit., pág. 28; WENIGER, *Les conflits de lois*, cit., pág. 525, nota 4; HERRER BERNSTEIN, *Ein Kollisionsrecht für die Verfassung*, N. J. W., vol. 18 (1965), pág. 2273; PUENTE BORDO, *Influencia del derecho constitucional*, cit., pág. 332; HUDING ESK, *Peremptory Norms*, cit., pág. 47; GERRARD FISCHER, *Die Gleichberechtigung im IPR*, J. Z., 1974, pág. 665; ANDREA GIARDINA, *Leguaglianza del coniugi nel diritto internazionale privato*, Rivista, vol. X (1974), pág. 21. Na jurisprudência a questão foi posta agora em Itália a propósito de uma decisão de 16 de Abril de 1975 da Corte Costituzionale (vide Rivista, vol. XI (1975), págs. 519-520).

⁷ FEDERICO DE CASTRO, *La Costituzione española*, cit., pág. 99; NEUHANS, *Zur zivilrechtlichen Gleichstellung*, cit., pág. 534; MÜLLER-FREYENRUDS, *Scheidungsstatut*, cit., pág. 146; VITTA, *Diritto Internazionale Privato*, cit., págs. 295-196; BALLARINO, *Costituzione* (cit. nota 40), pág. 32 e (cit. nota 30), págs. 78-79.

utilização da conexão lei nacional do marido seria a única forma de garantir o valor da unidade familiar que, dada a sua consagração constitucional, não poderia em qualquer caso ser posto de parte. No seu entender, a conexão em análise não realizaria qualquer discriminação contra a mulher, ela seria apenas a lei natural da instituição familiar, pelo que não haveria qualquer motivo para o seu afastamento.

Opera-se aqui visivelmente uma transposição de planos que, cremos, caracteriza bem a perspectiva em questão. Na mira de conseguir um critério de conexão unitário para a instituição familiar (objetivo que evidentemente não pode deixar de merecer o nosso aplauso) esquece-se não só que a lei pessoal do marido não é por definição a lei que mais convém adoptar como estatuto da família (veja-se o caso de dois cônjuges de nacionalidades diferentes lá muito domiciliados num terceiro Estado) como ainda que existem outras possibilidades de não fazer perigar a unidade familiar. Parece imaginar-se que o princípio da igualdade, se aplicado às regras de conflitos, significa necessariamente a consideração da nacionalidade da mulher e, em consequência, a introdução do problema do cúmulo de legislações aplicáveis com todas as dificuldades que se sabe ele suscitar, das quais a menor não será a pulverização do estatuto único da instituição familiar com o total abandono da segurança jurídica. Só uma como que fixação nesta forma de ver o problema, impedindo a sua consideração sob outros ângulos, é que pode levar autores como BALLARINO a pretender que, para além da questão da unidade da família, a utilização da conexão a que nos reportamos não seria discriminatória em relação à mulher porque o pressuposto da diversidade de tratamento não é a diversidade de sexo mas a diferente posição dos cônjuges no seio da família⁸ ou, noutro lugar e como já referimos, que o que está em causa é tão-só a aplicação da lei da família⁹ — e não a do marido.

⁸ *Costituzione*, cit., (nota 40), pág. 33.

⁹ *Costituzione*, cit., (nota 40), págs. 78-79.

Parece-nos que se labora aqui num grave equívoco. Porque nem a intenção cobra neste caso qualquer relevo, isto é, a norma é ou não discriminatória conforme trate ou não de modo diferente as pessoas em causa, sem que importe ser esse ou não o seu intento quando a verdade é que é isso que ela acaba por fazer, nem se pode pretender que a lei pessoal do marido é a lei da família quando é precisamente esta a questão em análise e quando existe um preceito constitucional que impede que um dos cônjuges seja tratado diferentemente do outro — e não restam dúvidas de que constitui flagrante diferença de tratamento, e quanto a nós bem relevante, a determinação da *lex familiae* apenas por referência à lei de um deles, sem atenção à do outro. E não vale também argumentar com a alegada dificuldade em conseguir encontrar outra conexão que substitua a criticada. Sem ir tão longe como MÜLLER-FREIENFELDS⁵⁴ que preconizava a aplicação da lei do foro, sempre que algum dos nubentes possuísse essa nacionalidade, para garantir a *Gleichberechtigung* (o que supondo embora que aquela lei realiza perfeitamente este princípio, não deixa de indiciar algum chauvinismo) cumpre não esquecer que existem bastantes outras possibilidades, além da *lex fori*, todas elas garantindo o respeito pela unidade familiar sem para tanto ferirem o preceituado nas normas constitucionais⁵⁵. Pelo que cremos não ser decisivo argumentar contra a extensão às regras de conflitos do princípio

⁵⁴ *Scheidungsstatut*, cit., pág. 147.

⁵⁵ Vejamo-se por exemplo o projecto de reforma do DIP matrimonial alemão elaborado pela Eherechtskommission des deutschen Rates für internationalen Privatrechts e reproduzido por LAUTERPACH (*Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutsche internationalen Ehe-rechts*, Badim, 1962, pág. 1), o projecto Royer de 1967 de reforma do DIP francês (cfr. FRANCESCHIS, *Le surprenant*, cit., pág. 560), e as soluções adoptadas por último no Código Civil Argeleho (cfr. Revue, vol. 66 (1977) págs. 380-416). Pode ver-se a apreciação crítica das várias hipóteses de solução num trabalho de ALEXANDER LIBERTZ, *Errent: Gleichberechtigung im internationalen Eherecht*, Zeitschrift für das gesamte Familienrechts, 1970, págs. 169-177.

da igualdade com o impasse que o afastamento da lei pessoal do marido provocaria⁵⁶.

58. Em face do exposto não vemos qualquer razão válida para pretender excluir do jogo do controlo constitucional as regras de conflitos⁵⁷. O que significa, como neste problema não são suficientes posições meramente negativas, que entendemos não dever a escolha dos elementos de conexão ser feita ao arrepio do prescrito na Constituição, sendo antes forçoso que se tomem em consideração os preceitos desta, nomeadamente os que se referem aos direitos fundamentais (na medida em que cremos, numa primeira análise, que serão estes os que mais poderão ser chamados a influenciar as regras de conflitos).

Daí que não possa não merecer o nosso apoio o *Bundesverfassungsgesetz* na parte da sua histórica decisão de 4 de Maio de 1971 onde se sustenta precisamente que as regras de conflitos do foro devem ser confrontadas com os direitos fundamentais. Sem embargo de não ignorarmos as dificuldades que tal conclusão terá necessariamente de acarretar — dada a necessidade de preencher por via jurisprudencial (enquanto se não produzir a intervenção do legislador) as lacunas que surgirão em consequência da evicção das conexões contrárias à Constituição⁵⁸ — cremos que tal resultado se impõe em razão da vinculação das regras de DIP (como das demais regras de direito) às finalidades humanas e sociais pelas quais se orienta a acção do legislador. E é conscientemente que aceitamos o risco — inerente a esta opção — de com ela

⁵⁶ Neste sentido, cfr. DE NOVA, *Recenti sviluppi in diritto internazionale privato*, D. I., vol. 22 (1968), pág. 27.

⁵⁷ No mesmo sentido, opina FRITZ STURM, *Zur Gleichberechtigung im deutschen internationalen Privatrecht*, in *Rechtsvergleichung und Rechtsverheitlichung*, cit., pág. 161.

⁵⁸ Atendendo a este problema, DIETER HENRICH sugere que os tribunais tentem, enquanto não se verificar a intervenção do legislador, interpretações conformes à Constituição das regras de conflitos existentes (*Verfassungswidrige Kollisionsnormen — ein Rechtschaos?*, Rabels, vol. 38 (1974), págs. 490-506).

se poder fortalecer a tendência que pretende reforçar mais e mais os vínculos que ligam o DIP ao direito interno. A este propósito, importa todavia acentuar que o que se pretende é tão-somente impedir que as regras de conflitos neguem grossiramente os valores constitucionais, aqueles que por definição constituem a cúpula do edifício jurídico e que devem ser respeitados por todo o ordenamento. Não se trata de ir mais longe e de retomar a ligação estreita do DIP ao direito interno, à maneira de BARTIN, assim cortando cerce todas as possibilidades da nossa disciplina vir a constituir o quadro regulador das relações internacionais. Sendo este o seu escopo, há que garantir que ela seja um espaço de diálogo entre as várias ordens jurídicas — para o que carecerá de normas às quais possam ser reconduzidos os preceitos legais estrangeiros da mais variada natureza.

Pela porta da consideração dos preceitos constitucionais há pois que impedir que se projecte nas regras de conflitos o particularismo de cada ordem jurídica. De qualquer modo — e apesar deste perigo ser real e de em certos casos não se tornar possível conjurá-lo em absoluto — esse será o prego que haverá de ser pago por um sistema conflitual que não queira fazer tábua rasa dos étnimos fundantes do ordenamento jurídico a que pertence.

SECÇÃO II

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO FORO E A LEI DESIGNADA PELA REGRA DE CONFLITOS

59. Além de declarar que as regras de conflitos deviam ser confrontadas com os preceitos constitucionais do sistema jurídico a que pertenciam, a sentença do *Bundesverfassungsgericht* de 4 de Maio de 1971 foi mais longe ao afirmar que ao mesmo controlo deveria ser sujeito o direito estrangeiro por elas indicado para a resolução da questão *sub iudice*. A partir desta decisão não mais é possível deixar na sombra o importante problema que ela atrai para a boca da cena — o do relevo das normas constitucionais no DIP, agora também na fase de aceitação ou não do direito estrangeiro que

a regra de conflitos pretende fazer aplicar ao caso concreto. A concordar-se com a posição daquele Supremo Tribunal encontrarmos-nos-famos perante mais um momento em que a Constituição influiria na regulamentação das relações jurídico-privadas internacionais, neste caso na fase final do processo de aplicação do direito, ou seja, na altura de aceitar ou rejeitar o conteúdo jurídico estrangeiro que por designação da regra de conflitos se apresta a regular a relação jurídica concreta.

A importância do caso justifica que recordemos os termos do problema posto perante as instâncias judiciais, até porque a solução adoptada não é dissociável dos especiais contornos que a questão apresentava. Em vista disso, relembremos os factos: José, cidadão espanhol, solteiro e católico pretendia contrair matrimónio com Hilda, uma alemã divorciada que professava o rito evangélico. Segundo o direito matrimonial alemão constitui condição para a celebração do casamento de estrangeiros a apresentação, por parte destes, de um certificado de capacidade matrimonial, passado pelas autoridades do seu país de origem, no qual se ateste que perante essa lei não há qualquer impedimento à celebração do casamento. Na circunstância, José não podia produzir tal documento em virtude de à face do direito espanhol se lhe opor o *impedimentum ligaminis*⁶⁹, restando-lhe assim requerer ao tribunal que

⁶⁹ Pode parecer estranha esta afirmação se atentarmos no que acima se disse no texto quanto ao estado civil de José. Acontece porém que o entendimento dominante na doutrina sobre a natureza e alcance do *impedimentum ligaminis* admite a sua aplicação a uma pessoa solteira. Com efeito, a proibição que ele envolve não atinge só os nubentes que já contrataram casamento mas também os que não o tendo embora feito pretendem contido unir-se a pessoas que, essas sim, estejam ligadas pelo vínculo matrimonial. Tal resultado deriva em linha recta da natureza bilateral deste impedimento que é reconhecida de forma praticamente unânime pela doutrina (assim, por ex., FERRER CORREA, *Ligões cit.*, págs. 231-232 e BARTINA MACHADO, *Ligões, cit.*, págs. 394). No caso concreto, o facto de a lei espanhola não reconhecer o divórcio nas presentes circunstâncias, faz com que, neste Estado, Hilda seja considerada casada pelo que o casamento dela com José não poderia aí ser permitido.