

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 Mota

o Estado do foro permitirá ajustar a aplicação ou não dos direitos fundamentais neste reconhecidos.

Por este caminho chegaremos a procurar estabelecer uma tipologia dos direitos fundamentais, neles distinguindo (pela consideração do teor literal dos preceitos que os consagram, do seu conteúdo e da função que desempenham no complexo normativo em que se integram) diferentes graus de importância e (ou) diversos grupos de destinatários, em face do que será bem mais fácil a indagação dos âmbitos da eficácia espacial e territorial de cada um ¹⁰⁹.

Finalmente, parece-nos que do exposto se poderão eventualmente retirar algumas pistas à luz das quais o problema que tratamos deverá ser equacionado: assim, se por um lado é um tanto difícil de admitir um puro e simples controlo da conformidade do direito estrangeiro chamado pela regra de conflitos ao direito constitucional do foro, já é por outro lado irrecusável que, no exercício da actividade judiciária, os tribunais se não poderão sentir absolutamente desvinculados do quadro de intenções e directrizes da sua lei fundamental, a pretexto de que a internacionalização de certas relações conduz a que a sua regulamentação seja feita através de uma lei estrangeira. Daí que, esgotado todo o processo internacionalprivatístico (nele incluído o jogo da ordem pública internacional), a aplicação ao caso concreto de uma lei estrangeira deva poder ainda ser travada por acção dos preceitos constitucionais que enquanto tais — e portanto de forma perfeitamente autónoma em relação ao processo conflitual — contém potencialidades bastantes para impedir o juiz do foro de consagrar soluções que os neguem frontalmente ^{109 bis}. Simplesmente, a actuação aqui da lei fundamental não se pode reconduzir a regras rígidas, antes dependendo do conteúdo e função de cada norma da Constituição (*maritime des droits*

¹⁰⁹ E esta também a via seguida por ALEXANDER LUDWIGZ no seu *Grundgesetze contra Internationales Privatrecht?*, Rabels, vol. 36 (1972), págs. 35-53, especialmente págs. 36-41.

^{109 bis} Em sentido idêntico cfr. agora VIEIRA DE ABRADÉ, *op. cit.*, pág. 30, nota 71.

fundamentais) e do âmbito espacial e territorial que lhes haverá de ser reconhecido. Porque se os valores-base de um ordenamento não podem ser postergados, a sua actuação há-de ser apenas a que é estritamente exigida pelos preceitos constitucionais que os consagram, sob pena de a segurança jurídica, a estabilidade das relações internacionais e as expectativas dos sujeitos de direito virem a ser irremediavelmente pulverizadas. Pela consideração destes dois vectores — os valores de certeza e segurança do tráfego internacional e as exigências básicas da ordem constitucional — haverá de passar assim a solução de cada caso concreto de modo a, com o menor dano do primeiro, se garantir a integral realização do segundo.

SECÇÃO III

A LEI ESTRANGEIRA DESIGNADA PELA REGRA DE CONFLITOS E A SUA CONFORMIDADE AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DO ORDENAMENTO AD QUEM

63. Para finalizar a análise dos momentos e das formas em que a lei constitucional interfere com o desenrolar do processo conflitual nas suas várias fases, importa agora aludir a uma outra questão. Após termos examinado dois pontos em que se equacionava o eventual relevo da Constituição do Estado do foro, perguntaremos agora pela incidência da Constituição estrangeira, evidentemente que apenas nas hipóteses em que a regra de conflitos do foro designa como competentes leis pertencentes a esses sistemas jurídicos. Muito simplesmente, o problema que temos em mente pode formular-se da seguinte maneira: podrá o juiz do foro retirar qualquer consequência útil do que lhe surja como uma desconformidade entre a lei designada como competente pela sua regra de conflitos e a Constituição da ordem jurídica tida precisamente como a mais próxima da relação em causa? Ou, por outras palavras: quid iuris?, se a regra de conflitos do foro reconhece competência a uma lei que no seu sistema é inconstitucional? Deverá o tribunal aplicá-la, como se nada fosse, ou poderá

tomar qualquer outra atitude, designadamente o seu afastamento? E, na afirmativa, quando e em que termos?

A questão, que não é nova, recebeu já por parte da doutrina e da jurisprudência — especialmente em Itália — respostas contraditórias. Assim, enquanto alguns, como por exemplo SERGIO CARBONZ¹¹⁰ e TYRO BALLARINO¹¹¹, sustentam a completa irrelevância no Estado do foro da circunstância de as leis estrangeiras padecerem do vício de inconstitucionalidade, já outros como TOMMASI DE VIGNANO¹¹² sufragam a tese oposta, pretendendo que ao juiz do foro incumbe sempre pronunciar-se sobre a constitucionalidade da lei estrangeira, salvo na hipótese em que a autoridade competente do país estrangeiro já se tenha, com força obrigatória geral, decidido pela inconstitucionalidade. (E, como é bom de ver, esta restrição

¹¹⁰ O núcleo da posição deste autor assenta na seguinte ideia: a juridicidade de uma norma não é de modo algum afectada pela circunstância de ela enfermar do vício de inconstitucionalidade, na medida em que ela continua a produzir efeitos no mundo jurídico, pelo menos enquanto não for declarada ineficaz, inatendível ou inexistente pelos órgãos competentes. Passando-se assim as coisas, o vício perde relevo efectivo sendo que o que verdadeiramente importa é a decisão que o venha a reconhecer e a tirar dele consequências no que toca à integração efectiva da norma na ordem jurídica. Enquanto a norma, por assim dizer, continuar a pertencer ao mundo do direito não pode um juiz estrangeiro recusar-se a aplicá-la, e isto sem embargo de a sua aplicação ter já sido por algumas vezes recusada no sistema jurídico de origem. E isto porque o controlo da constitucionalidade das leis é uma actividade que nao pode deixar de poder ser exercida apenas pelo juiz do Estado respectivo, na medida em que só o sistema jurídico em que se integra deve estabelecer em que circunstâncias os valores fundamentais do seu ordenamento são de tal forma postos em causa que se impõe retirar a juridicidade aos actos normativos que assim os negam (cfr. *Sul controllo di costituzionalità della norma straniera richiamata*, Rivista, vol. 1 (1965), págs. 685-696, especialmente págs. 693-694).

¹¹¹ *Costituzione* (cit. nota 30), págs. 6-7. O seu autor parece fazer derivar a sua posição da mera circunstância de, em geral (mas veja-se em contrário o que se passa em Inglaterra com a *Foreign Court Theory*), o juiz não estar obrigado a comportar-se na resolução dos problemas de conflito de leis da mesma forma que os seus homólogos estrangeiros.

¹¹² *Lex Fori*, cit., págs. 117-118.

acaba por o não ser em boas e devidas contas: pois, correspondendo à declaração geral e abstracta da inconstitucionalidade de uma lei, em princípio, a cessação efectiva e total da sua validade, é evidente que, afastado o seu carácter de fonte do direito positivo, já não está em causa uma sua eventual aplicação no estrangeiro como no foro. Pelo que se poderá dizer que para este autor, o tribunal do foro deveria indagar da constitucionalidade de todos os preceitos estrangeiros que fosse chamado a aplicar. Entre estas duas posições extremas multiplicam-se no entanto as mais variadas *nuances*: são, por um lado, os que como YASSEEN¹¹³ se limitam a admitir um controlo apenas formal da constitucionalidade da lei estrangeira, afastando porém qualquer hipótese de juízo sobre o seu conteúdo material; são depois os que aceitando o controlo da constitucionalidade material da lei estrangeira fazem depender o exercício destes poderes, por parte do juiz do foro, da circunstância de no ordenamento da *lex causae* essa função caber igualmente aos tribunais comuns e não estar reservada a um órgão supremo e único do tipo dos Supremos Tribunais Constitucionais alemão e italiano¹¹⁴, são ainda os que, concordando em princípio com a existência de um controlo, estabelecem distinções nos seus efeitos pretendendo, por exemplo, como MORELLI¹¹⁵, que se o vício gera uma anulabilidade ele não terá quaisquer consequências na resolução do caso concreto, apenas devendo ser afastada a lei estrangeira quando a sanção prevista na *lex causae* para a inconstitucionalidade for a nulidade. Na jurisprudência, o texto fundamental a este respeito é ainda a sentença do Tribunal de Roma de 13 de Setembro de 1954¹¹⁶, em cujo sumário se escreveu que o juiz italiano, ao aplicar a lei estrangeira, «deve não somente constatar a sua existência mas exercer os

¹¹⁰ *Problèmes relatifs à l'application du droit étranger*, Recueil, n.º 106 (1962-II), págs. 567-568.

¹¹¹ Assim, por ex., FRANCO MOSCONI, *Norme Straniere*, cit., págs. 426-428.

¹¹² *Controllo*, cit., págs. 32-33.

¹¹³ Pode consultar-se o respectivo texto em *Revue*, vol. 47 (1958), págs. 519-534.

C. de J.
de J.

poderes que segundo a *lex fori* lhe pertencem para controlar a sua legalidade constitucional. Tal conclusão decorreria da premissa de que não sendo a lei estrangeira um mero conteúdo, mas algo com uma particular forma, significado e valor (forma, significado e valor que eram os que lhe assistiam no ordenamento de origem), ela deveria ser entendida segundo os imperativos que nesse ordenamento a conformavam.

64. A diversidade de posições que muito sumariamente anotámos parece exigir, para que se obtenha alguma clarificação na questão que ora nos ocupa, que se diga alguma coisa sobre o sentido do problema que aqui se coloca, tarefa sem a qual resultarão ininteligíveis todos os passos que procurarmos dar na mira da sua resolução.

Nas páginas anteriores abordámos uma outra situação: a da necessidade ou não da conformidade das leis estrangeiras designadas pelas regras de conflitos aos preceitos constitucionais do Estado do foro. Como vimos, a questão punha-se aí em face da posição da Constituição no interior do sistema jurídico e do aparente (pele menos) paradoxo de o juiz, por um lado, não dever aplicar as suas leis próprias que fossem inconstitucionais, e, por outro lado, praticar, em obediência ao estipulado por normas estrangeiras chamadas pelas suas regras de conflitos, actos que constituíam clara violação dessa lei fundamental que ele tanto cuidado punha em preservar das ofensas do legislador ordinário interno. Estava pois em causa o alcance dos preceitos constitucionais do foro e a eventual existência de reservas extrínsecas ao seu funcionamento, no campo das relações internacionais. O problema era assim o de saber até onde iria a tolerância de um Estado perante o desrespeito dos seus valores constitucionais, e os interesses que se impunha ver protegidos eram os da comunidade política nacional no seu todo, na medida em que se tratava de recusar atentados frontais às suas bases constitutivas.

A questão que ora nos aparece é bem diversa, no entanto. E isto, na medida em que não se vislumbra qualquer fundamento para se falar de uma vinculação do juiz à Constituição

estrangeira, pois é lógico que não interessa ao Estado do foro enquanto tal que as directrizes supremas de uma ordem jurídica estrangeira sejam actuadas ou esquecidas. O que poderá levar o tribunal a ter de recusar a aplicação da lei estrangeira não é pois qualquer imperativo que se ancore no interesse estadual, quer no do Estado do foro — a quem manifestamente tal problema não respeita — quer no do Estado estrangeiro — que não está em situação de influir no comportamento dos juizes estrangeiros. Sendo assim, será aos demais interesses que cobram relevo no seio do DIP — os interesses dos particulares e os interesses do tráfico jurídico — que se poderá ir buscar a justificação para a análise pelo juiz do foro da validade das leis estrangeiras no sistema *ad quem*.

Ora, quer os interesses dos particulares globalmente considerados, quer os chamados interesses do comércio jurídico, apontam aqui numa direcção única. Não sofre dúvidas, visto o problema do DIP por qualquer destes dois ângulos, o que importa sobremaneira — como bem o demonstrou a doutrina clássica da nossa disciplina — é garantir a segurança das transacções internacionais. E, para alcançar este desiderato, afigura-se indispensável lograr dois objectivos: por um lado, permitir aos sujeitos de Direito o conhecimento antecipado da lei que irá reger as suas relações, e, por outro, evitar que o estatuto de uma relação se altere com a simples mudança da sede do tribunal que a irá julgar.

Ora é em este segundo objectivo — o da garantia da uniformidade de valoração das situações jurídicas internacionais — que tem a ver a questão que ora tratamos. Com efeito, o que com o problema levantado se pretende evitar é apenas que se venha a aplicar no Estado do foro uma lei que, por que inconstitucional à luz do seu ordenamento jurídico, já não possui nele qualquer eficácia jurídica. Obter-se-ia, assim, o resultado pouco menos que absurdo que seria o do Estado A, na intenção de resolver o problema à face da lei do Estado B, ir afinal aplicar um preceito desta ordem jurídica que, dada a circunstância de contrariar a Constituição deste Estado, acaba por neste último país não exercer a mínima influência na resolução de qualquer questão de direito.

fundamental
do C. J. D.
de 1911

Com a introdução da possibilidade do controlo da constitucionalidade (em sentido próprio, e, portanto, à face do ordenamento *ad quem*) da lei estrangeira, não está pois em causa qualquer nota específica das relações entre a Constituição—enquanto estatuto do político e documento ordenador da vida da comunidade política—e o Direito Internacional Privado, mas antes e só uma questão que tem a ver apenas com a determinação da lei estrangeira que é realmente aplicada no sistema jurídico designado competente pela regra de conflitos do foro.

O problema é assim marginal num estudo como o que aqui empreendemos e apenas a circunstância de formalmente caber no seu objecto levou a que, mau grado o diferente plano em que se coloca, aqui o referíssemos. Com ele regressamos pois ao campo da impostação clássica dos problemas da nossa disciplina. É de facto o DIP enquanto âmbito de uma disputa entre diferentes ordens jurídicas que aqui nos reaparece, e que totalmente dirigido à busca e obtenção da harmonia jurídica, visa garantir acima de tudo que as situações concretas sejam regidas não importa aonde pela mesma lei—pelo que, se a lei é inconstitucional e não sofre aplicação num determinado Estado, não deve ser aplicada num outro que devolve ao primeiro a competência para a regulamentação do caso concreto. Para trás ficaram pois, não cobrando aqui qualquer relevância, as questões, que analisámos na Primeira Parte deste trabalho, de um novo sentido a dar ao DIP, e que justificam a sua consideração também perante o direito constitucional do foro. No caso presente trata-se de um aspecto em que o relevo da Constituição (estrangeira) é apenas mediato, na medida em que importa unicamente para o estabelecimento de um dado de facto essencial para a resolução das questões conflituais segundo a perspectiva tradicional: a busca persistente da harmonia de julgados. Trata-se pois de um ponto que ganha todo o sentido ainda dentro da concepção clássica do DIP.

65. Esclarecidos os parâmetros que servem de base à compreensão e ao sentido do problema que ora nos ocupa,

é chegada a altura de lhe procurarmos as soluções, tomando posição no complexo emaranhado de propostas que a doutrina foi avançando.

Se o cerne da questão se traduz em procurar aplicar o direito estrangeiro tal como ele se oferece no país de origem, buscando-se estabelecer a existência efectiva e real das normas em causa¹⁷, um primeiro ponto que parece indiscutível é que o juiz do foro não deverá aplicar as normas estrangeiras que tivessem sido declaradas, com força obrigatória geral, inconstitucionais, e que por isso carecem de qualquer validade no ordenamento *ad quem*¹⁸. Igualmente afigura-se certo que se o problema já tiver sido posto e houver sido resolvido no sentido da constitucionalidade esta deverá ser a solução seguida. Quer num quer noutro caso parece existir na ordem jurídica estrangeira um consenso fundado quanto à validade ou invalidade do preceito em questão, pelo que o juiz do foro não terá mais que o seguir.

Mais difíceis se apresentam no entanto as coisas na maioria das restantes hipóteses, isto é, quando no Estado estrangeiro a questão ou não tenha ainda sido posta, ou, tendo-o sido, seja objecto de interpretações díspares. Num caso como este já a situação se não encontra definida, não se podendo dizer que o aplicador do direito esteja absolutamente predefinido na sua acção. Saber quais as directrizes que ora o devam guiar é algo que decorre igualmente da natureza da posição do juiz do foro e do tipo de controlo da constitucionalidade praticado no ordenamento estrangeiro em causa.

Quanto ao primeiro aspecto—o da posição, neste particular, do juiz do foro—há que acentuar que ele apenas recorre ao seu próprio direito uma única directriz— a de aplicar a lei estrangeira nos precisos termos em que essa aplicação tem lugar no ordenamento de origem, de nada inte-

¹⁷ Neste sentido, podem ver-se, MURAD FERRO, *L'interdipendenza*, cit., pág. 151; e TOMMASI DE VIGNANO, *Lex Fori*, cit., pág. 110.

¹⁸ Assim, expressamente, VITTA, *Diritto Internazionale Privato*, cit., vol. I, pág. 238; e DE NOVA em anotação à sentença do Tribunal de Roma acima referida e publicada na *Revue*, vol. 47 (1958), pág. 535.

ressando pois para o caso a posição que na ordem jurídica do foro lhe cabia em matéria de controlo da constitucionalidade¹¹⁹. Pois se a decisão de fiscalizar a constitucionalidade, em si, resulta de um imperativo do sistema do foro, já os termos em que ela será prosseguida, a forma como o intérprete vai mergulhar no direito estrangeiro, serão estritamente condicionados pelo que esta lei disponha a este respeito¹²⁰. O que mais não é do que uma consequência da ideia acima afirmada de que se trata apenas de aplicar a lei como ela é entendida e actuada no sistema jurídico estrangeiro em causa.

E é aqui que entra o segundo elemento a que nos referimos — o do tipo de controlo constitucional praticado no ordenamento *ad quem*. E este ponto é relevante na medida em que, não agindo o juiz do foro por sua conta e risco, os seus poderes irão ser decaídos, ainda que com importantes restrições, dos do seu homólogo estrangeiro. Assim, desde logo, se não existe controlo pelos tribunais ordinários da constitucionalidade das leis, estando essa função concentrada num único órgão, e em absoluto retirada ao aplicador ordinário do direito, o juiz do foro terá que seguir aplicando a lei até que a inconstitucionalidade seja declarada (como o

¹¹⁹ Neste sentido, parecemos poder afirmar-se (e veja-se também o que foi dito *supra*, n.º 64, págs. 237-240) que a situação do juiz se não altera ainda que ele não possa, no contexto da ordem jurídica do foro, qualquer poder de controlar a constitucionalidade das leis. Pois que se não trata, como já sublinhámos, de um controlo *proprio sensu* da constitucionalidade da lei estrangeira, mas de uma fase da averiguação do conteúdo exacto da norma tal como ela é aplicada (ou não) no ordenamento *ad quem*.

¹²⁰ É assim que se na lei estrangeira for irrelevante a inconstitucionalidade das leis (quer em termos absolutos, quer porque, sendo embora relevante a sua apreciação, ela cabe a outrem que não o juiz, que as deve aplicar até que um outro órgão declare em termos gerais a inconstitucionalidade) o juiz do foro, por mais latos que sejam os poderes de que dispõe no seu ordenamento, terá de ignorar a questão (só podendo a não aplicação do preceito ter lugar pelos motivos e nas condições expressas *supra*, na secção anterior, e que são manifestamente outras que as que ora nos ocupam).

fazem, aliás, os seus colegas estrangeiros), ainda que esteja em curso no sistema *ad quem* um processo de declaração da inconstitucionalidade — o que mais não é também do que uma consequência do aludido princípio de que o que importa é aplicar a lei como ela é aplicada no país estrangeiro¹²¹.

Pouco importa aqui, ao que cremos, que a actuação do órgão que tem competência exclusiva para a declaração da inconstitucionalidade deva considerar-se materialmente legislativa, como quer QUADRUP¹²². Porque o que está em causa não é, tanto quanto julgamos, a natureza do juízo que no ordenamento *ad quem* é emitido sobre as suas normas jurídicas. O que interessa, mais uma vez o repetimos, é saber se esse juízo já foi ou não emitido e, na afirmativa, se o foi em termos tais que possibilitem a afirmação de que o preceito em causa, se não perdeu de todo a sua validade, já a viu de tal modo contestada pelas autoridades competentes que os particulares se não poderão dizer surpresos pela decisão de não aplicação, em razão da inconstitucionalidade, que um tribunal venha a proferir.

Se as coisas se passam como acabamos de descrever, não podem restar dúvidas do acerto da solução que propugnámos atrás para os casos em que o controlo da Constituição é atribuído em exclusivo a um único órgão — porquanto se aceitará que então a lei será sempre aplicada na *lex fori* até que o órgão estrangeiro em causa declare com força obrigatória geral a sua inconstitucionalidade.

Mas as mesmas premissas permitem também encontrar a solução para o caso contrário, isto é, aquele em que a decisão sobre a constitucionalidade pertence aos órgãos judiciais comuns, que podem afastar no caso concreto a aplicação das leis fidas por inconstitucionais. Em casos como estes adiantámos há pouco que os poderes do juiz do foro nesta matéria não serão os mesmos dos seus homólogos do orde-

¹²¹ Parece ser esta a opinião dominante. Assim, NEUMAYER, *Fremdas Recht und Normenkontrolle*, Rabels, vol. 23 (1958), pág. 598, QUADRUP, *Controllo*, cit., pág. 35.

¹²² *Controllo*, cit., pág. 33.

namento *ad quem*¹². E a limitação reside precisamente na circunstância de que se o juiz deste Estado tem por assim dizer uma competência primária para declarar a inconstitucionalidade, isto é, está apenas limitado pelo condicionalismo legal previsto a este respeito, já o juiz da *lex fori* carece, para poder agir de forma análoga, da existência de decisões anteriores naquela outra ordem jurídica que possam considerar-se bastantes para que seja lícito afirmar-se que neste Estado se encontra francamente abalada a crença na validade de uma determinada disposição legal.

Tal conclusão responde ainda, embora indirectamente, ao problema de saber se o juiz do foro pode, nestes casos de controlo judicial da Constituição limitado ao caso concreto, decidir-se pela não aplicação da lei em causa antes de um tribunal de ordenamento respectivo o ter feito.¹³ Contra a opinião de DE NOVA¹⁴ (que no entanto sustentou também inicialmente a tese a que aderimos) parece-nos que tal não é possível, e isto, mais uma vez, partindo da ideia de que nestá matéria o juiz do foro não cria quaisquer situações novas, limitando-se a reconhecer-las quando estão perfeitamente delimitadas ou quando há uma opinião dominante numa certo sentido, apenas podendo utilizar o seu juízo próprio quando no ordenamento estrangeiro se verifique como que um verdadeiro impasse provocado por um equilíbrio entre as correntes jurisprudenciais favoráveis e contrárias à constitucionalidade. Só neste caso, quando qualquer das soluções seja, por assim dizer, indiferente, do ponto de vista da previsibilidade e dos cálculos dos sujeitos jurídicos, é que o juiz do foro poderá seguir a sua própria opinião sobre a matéria em causa.

¹² Assim, também FERRO, *L'interdipendenza*, cit., pág. 151.

¹³ Expressa na sua referida anotação à sentença do Tribunal de Roma, in *Revue*, vol. 47 (1958), pág. 536. No mesmo sentido, parece pronunciar-se QUADRI, *Controllo*, cit., pág. 32. Mas, seguindo o ponto de vista que desenvolvemos no texto, veja-se NIEDERER, *Erfüllung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, Zurichue, 1954, pág. 342; e DE NOVA, *Legge straniera e controllo di Costituzionalità*, Scritti di Diritto Internazionale Privato, cit., pág. 432, nota 15.

Pelo que fica dito, torna-se claro que este tipo de intervenção do juiz do foro, constatando a inconstitucionalidade de uma lei estrangeira, nos surge sobretudo como o reflexo de uma posição já tomada no Estado *ad quem* e não como uma iniciativa própria ou originária. Só assim, de resto, ela se confina às razões que no nosso entender a inspiram, ou seja, à indagação de qual a lei efectivamente vigente no ordenamento estrangeiro designado pela regra de conflitos do foro, passo indispensável para a obtenção de uma harmonia jurídica e através dela, para a satisfação das expectativas dos interessados e o incremento do tráfico jurídico internacional.

Nov 28