

A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. ENSAIO DE UMA PROPOSTA DE REGULAÇÃO EM SEDE DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

ANDRÉ VENTURA
JOÃO ANACORETA CORREIA
Advogados ()*

A relação entre a Constituição e o Direito Internacional Privado (DIP) é uma das mais fascinantes questões debatidas pela doutrina mundial empenhada em estudar e aprofundar o DIP. E também uma das mais importantes problemáticas remetidas aos tribunais no mundo inteiro —aos mais altos níveis hierárquicos dos respectivos ordenamentos jurídicos— e que tem suscitado orientações prático-metodológicas muito diversas e distintas.

No presente artigo, e para a análise da referida relação entre a Constituição e o DIP, usámos como texto base a conferência proferida pelo Prof. FERRER CORREIA na sessão inaugural dos Trabalhos Judiciais, no Supremo Tribunal de Justiça, em 18 de Janeiro de 1979 (cfr. «A revisão do Código Civil e o Direito Internacional Privado», António Ferrer Correia, in *Estudos Vários de Direito*, Universidade de Coimbra (1982)).

De facto, é bom começar por notar a diversidade incontornável que tem gerado a reflexão sobre as

relações (abstractas e concretas, diga-se desde já) entre a Constituição (qualquer que seja) e as normas de conflitos dos respectivos sistemas jurídicos. É possível, assim, encontrar jurisprudência estrangeira com respostas diametralmente opostas e valorativamente inconciliáveis. Mesmo num campo intra-sistemático (*hoc sensu*, de cada ordem jurídica considerada) os tribunais não se têm entendido no sentido de uma harmonização de soluções em ordem a assegurar um mínimo de segurança jurídica aos agentes destinatários. Tanto horizontalmente, como num campo vertical-hierárquico (tribunais superiores-tribunais inferiores) não se tem verificado harmonização de soluções ou sequer um aparente consenso entre os órgãos aplicadores do direito.

É necessário, antes de mais, situarmo-nos material e conceptualmente no problema em causa: embora seja um problema possível de equacionar sempre (reduzindo, por exemplo, a referência à Constituição a uma referência à *lex fundamentalis*, no período antecedente do moderno constitucionalismo), esta tensão dialéctica surge e manifesta-se sobretudo a partir do século XIX —com a expansão e consolidação do movimento de constitucionalização— e, com acuidade, a partir da segunda metade do século XX, com a força superior e directa dos direitos fundamentais (muito trabalhada pela jurisprudência alemã) e a definitivamente consensual superioridade da Constituição face aos outros instrumentos normativos. No fundo, o esquecimento ocidental da famosa consideração de FERDINAND LASSALE, das «vãs folhas de papel», referindo-se às constituições escritas do liberalismo do século XIX.

Claro que algumas correntes jurídicas e políticas nacionalistas, já em finais do século XIX e na primeira metade do século XX, enunciaram desde logo o

(*) Advogados das Áreas de Fiscal e Comercial, respectivamente, de Uría Menéndez (Porto).

problema. Mas aqui a relação com a Constituição era apenas marginal, incidental, sendo que a base do problema era essencialmente política: aceitar a aplicação de normas estrangeiras por tribunais do foro, era não só reconhecer soberanias politicamente controvertidas (principalmente após a primeira guerra mundial) como contrariava a ideia de superioridade do «espírito nacional» e da sua capacidade de produção jurídica e, no limite, a incongruência de um órgão de soberania se sujeitar a normas e métodos estrangeiros. No fundo, raciocinava-se para o DIP com base em conceitos, métodos e lógica de direito internacional público ou, pode dizer-se com mais rigor, de relações internacionais. Não é o problema por estas correntes enunciado, porém, que estamos empenhados em estudar, na medida em que o consideramos largamente ultrapassado.

O percurso histórico desta problemática, desde os anos 50 do século passado, a abordagem que tem sido feita a este propósito pela jurisprudência estrangeira, principalmente alemã, norte americana e francesa e as várias propostas políticas e sugestões doutrinárias que têm vindo à luz desde então configuram, para nós, tarefa de indescritível prazer e utilidade, mas que não poderemos aqui concretizar, por óbvias razões de tempo. Limitar-nos-emos a breves referências transversais e funcionalizadas ao nosso objecto de eleição: o DIP e a Constituição portuguesa, i.e., a aplicação de direito estrangeiro resultante das normas de conflitos portuguesas e a sua compatibilidade com as normas constitucionais portuguesas e com o próprio «sistema constitucional», entendido aqui não apenas os princípios axiais da ordem jurídico-constitucional mas também o espírito subjacente ao nosso processo de controlo e fiscalização da constitucionalidade. Adiante exporemos exactamente em que medida estes últimos considerandos são decisivos para a abordagem deste problema.

Decidimos centrar o fulcro deste trabalho num artigo/conferência do Prof. Ferrer Correia, de 1979, plenamente revelador das reais problemáticas aqui envolvidas. Uma vez mais, o Prof. Ferrer Correia enuncia, com lucidez e rigor, as diversas facetas do problema. Para além disso, a sistemática do texto permite uma abrangência material suficiente para tocar todos os pontos considerados relevantes, inclusivamente os pontos anteriormente mencionados.

Começa o Ilustre Professor por abordar o tema clássico da justiça material/justiça formal do Direito Internacional Privado (DIP). Tal problemática tem,

nesta sede, todo o sentido. De facto, considerando as normas de DIP como puramente formais ou como «*técnicas e axiologicamente neutras*», ou, noutra perspectiva, como normas puramente metodológicas, dirigidas ao órgão aplicador do direito, dificilmente se problematiza a controvérsia valorativa que possa existir entre a Constituição e as referidas normas. Parece-nos que FERRER CORREIA constrói neste domínio um percurso interessante, começando por invocar a tese clássica (referindo-se à célebre síntese de BEITZKE) das normas puramente formais, «*que não têm o sentido de servir a justiça*», para avançar desde logo que considera esta forma de perspetivar o DIP «*profundamente errónea*».

Por um lado, porque, se é verdade que, em DIP «*não são os valores da justiça material que predominam*», não se pode daí inferir que os seus preceitos são «*meros preceitos de ordem*» pois «*a ordem para que tendem não é arbitrária, cega a valores, antes uma regulamentação orientada para certos fins*». Neste sentido, pode concluir-se que «*as normas de conflitos não são, portanto, regras técnicas axiologicamente neutras (à semelhança das que disciplinam o trânsito rodoviário), que não tenham o sentido de servir a justiça*». O que se pode dizer é, então «*que a justiça que servem é de cunho eminentemente formal, nela predominando o ingrediente da certeza e da estabilidade jurídica*».

Parece-nos que fazem todo o sentido estas considerações. Ao destacar as normas de conflitos face a meras injunções de ordem, o Prof. FERRER CORREIA afasta-se claramente de uma ideia segundo a qual as normas de conflito seriam juridicamente equivalentes a normas metodológicas. Ora, não é assim, pois as normas de conflitos não determinam uma aplicação da lei «*de olhos vendados*». É evidente que são diferentes as valorações subjacentes às normas materiais e às normas de conflitos, mas tal não legitima a consideração bipolar de normas metodológicas como contraponto às normas materiais, estas últimas imbuídas de uma «*teleologia de justiça*» e aquelas apenas preocupadas com uma função orientadora e formal. Essa contraposição não procede, na exacta medida em que não é verdadeiro afirmar-se que a norma de conflitos se desinteressa completamente do resultado alcançado pela aplicação das suas regras. Mesmo os ordenamentos jurídicos europeus —pode dizer-se em termos genéricos— têm introduzido pequenas mas progressivas alterações nos seus principais códigos normativos no sentido de garantir determinados objectivos com a aplicação das normas de conflitos. Só isso explica, efectivamente, a preferência e a progressiva relevância das normas de conexão alterna-

tiva. Por outro, lado, nas modernas legislações, nunca deixaram de estar presentes alguns princípios orientadores, com capacidade operativa quando a norma de conflitos esgotara já os seus efeitos (como o *Favor Negotii* ou *Favor Validitatis*) ou algumas cláusulas de escape («*escape clause*» na terminologia inglesa) ou cláusulas de excepção, como a cláusula de ordem pública.

Aliás, é muitas vezes apresentada a dimensão sobretudo material do direito conflitual norte americano como contraponto ao direito conflitual «puramente formal» europeu. Ora, parece-nos que não é efectivamente assim: nem o direito conflitual norte americano prescinde de um raciocínio metódico-formal na aplicação das normas de conflitos (em nome da certeza e da segurança jurídica, elementos decisivos no tráfego jurídico internacional) nem o direito europeu se apresenta absolutamente formalista, como acabamos de enunciar. É verdade que até aos anos 50 o direito conflitual europeu era considerado por vastos sectores da doutrina como exclusivamente formal e alheio às proposições jurídico-materiais e aos próprios valores axiais da ordem jurídica na qual se inseria. Porém, pelas razões que já aduzimos, não nos parece cientificamente possível falar de um direito conflitual exclusivamente formal, nem quando reportados a períodos históricos concretos. Seguro é, porém, que tal ideia encontra-se hoje completamente afastada não apenas por construções doutrinárias e jurisprudenciais, mas sobretudo pelo próprio sistema de normas, explícito, na maioria dos casos, quanto ao funcionamento de determinadas proposições materiais, de determinadas excepções, de normas materiais imperativas ou na enunciação de certos objectivos/interesses.

Assim, como bem conclui FERRER CORREIA, «*se no momento presente o direito internacional privado se mostra assim aberto —ainda que em termos comedidos— a certos juízos de valor jurídico-materiais, como admitir que lhe seja lícito ignorar princípios que, exactamente porque ancorados na Constituição, figuram por certo no quadro dos valores axiais do ordenamento jurídico do Estado?*». Tal seria, certamente, insustentável! Conclui ainda, noutro lugar, FERRER CORREIA: «*Cada Estado tem naturalmente os seus valores jurídicos fundamentais, que entende não dever abdicar, e interesses de toda a ordem, que reputa essenciais e que em qualquer caso lhe incumbe proteger. A preservação desses valores e a tutela desses interesses exigem que a todo o acto de atribuição de competência a um ordenamento jurídico estrangeiro vá anexa uma ressalva: a lei definida por competente não será aplicada na medida em que essa aplicação venha a lesar*

algum princípio ou valor básico do ordenamento nacional, tido por inderrogável, ou algum interesse de precípua grandeza da comunidade local».

Parece então não haver dúvida relevante quanto a dois pontos de substancial interesse: por um lado, as normas de DIP, mormente as normas de conflito (para quem entende, como nós, que o DIP não se esgota nas normas de conflitos), não são meras formas vazias (sendo desde logo criticável, do ponto de vista filosófico-conceptual, a possibilidade desta expressão) ou, para uma aproximação à linguagem jurídica, simples ordens sem sentido de justiça; por outro lado, a sua eventual reputação de normas predominantemente técnicas ou o seu enfoque numa justiça predominantemente formal não podem ser argumentos para uma exclusão de comparação e confronto com determinados valores e proposições jurídico-materiais, nomeadamente com direito superior, como a Constituição ou, no caso da União Europeia, o direito comunitário. E, assente este ponto, passamos então a acompanhar o Prof. FERRER CORREIA no tocante à determinação da conexão relevante.

Começa FERRER CORREIA por anotar que «*ao princípio da most significant relationship foi dado largo acolhimento no 2.º Restatement americano (Restatement of the Law —Second) e também no Projecto austríaco de 1971*», para deixar claro desde logo que «*é sob a égide do referido princípio que tais problemas devem resolver-se— e não em conformidade com as ideias da Better law approach ou qualquer doutrina que preconize o repúdio do sistema tradicional de conexão*». Debruçando-se depois sobre o regime jurídico português, conclui FERRER CORREIA que «*ao princípio da conexão mais significativa foi atribuída uma função subsidiária, mas num sentido diverso. Agora ela intervirá sempre que os critérios conflituais consagrados na lei em primeira linha não possam funcionar, isto é, na ausência das circunstâncias a que a norma de conflitos atribui sucessivamente o papel de conexões determinantes. Assim, por exemplo, a regra de conflitos disporá que na falta de nacionalidade comum e também de residência habitual comum dos sujeitos da relação, será esta regulada pelo direito do país com o qual se ache mais estreitamente conexas*».

Depois de definido, o autor toma posição sobre o mesmo regime, aventando desde logo que se tal sistema é «*teoricamente defensável, suscita não obstante alguns reparos*». Por um lado, porque «*trata-se de um princípio geral a que podem reconduzir-se as várias normas de conflitos do sistema, mas cuja mera enunciação não basta para a resolução de questões concretas*».

Por outro, e sobretudo, porque intui o autor «*que da orientação perfilhada vai resultar a flutuação da jurisprudência, a imprevisibilidade das decisões judiciais — ao fim e ao cabo, a incerteza jurídica. O sistema utilizado afectará também inevitavelmente a harmonia internacional de julgados, harmonia que constitui, no entanto, a meta para que o direito internacional privado tende em última linha*». E após a crítica, tomando como exemplo a substituição, pela reforma do Código Civil de 1977, do elemento de conexão «*nacionalidade do marido*» (na norma referente à determinação do regime de bens do matrimónio, constante do art. 53.º CC), avisa que seria melhor caminho o seguinte: «*teria sido preferível que o nosso legislador, ao ver-se enfrentado com o problema resultante da necessária erradicação da nacionalidade do marido como elemento de conexão determinante na âmbito das normas de conflitos concernentes às relações conjugais e à separação e divórcio, optasse por um sistema semelhante ao que vem sendo preconizado na RFA [então República Federal da Alemanha], quer a nível oficial, quer por parte de eminentes tratadistas. O sistema seria este: na falta de nacionalidade e residência habitual comum dos cônjuges, atender-se-ia aos seguintes factores, por esta ordem:*

- (i) *última nacionalidade comum, contanto que um dos cônjuges mantenha essa nacionalidade*
- (ii) *última residência habitual comum, se um dos cônjuges conservar essa residência*
- (iii) *residência de ambos os cônjuges no mesmo país*
- (iv) *última residência comum de ambos os cônjuges*

Como derradeiro recurso poderia funcionar ou o sistema da competência cumulativa, ou o da aplicação, a cada um dos cônjuges, do seu estatuto pessoal, ou, preferivelmente, o da aplicação do direito mais fraco, por tal se entendendo aquele segundo o qual o matrimónio obriga menos os cônjuges».

Não cremos que este raciocínio deva proceder, ressaltado o respeito e a consideração que nos merece o Ilustre Professor. A ideia de que o princípio da conexão mais estreita, elevado a critério normativo-positivo de decisão, pode gerar imprevisibilidade decisória ou flutuação jurisprudencial de sentido, sendo como tal desaconselhável, não está, em nossa opinião, de acordo com o espírito do moderno Direito Internacional Privado, sua estrutura e teleologia. Um sistema puramente formalizado e categorizado é susceptível de gerar, sem dúvida alguma, maior segurança no tráfego, mas fá-lo à custa duma «fixidez» e dum espírito «avalorativo» nítidos. Tal como pode conduzir, como nota o Prof. FERRER

CORREIA, a uma superior harmonia de julgados do ponto de vista internacional, principalmente se os critérios positivados nas normas de conflitos do foro tiverem paralelo ou reconhecimento nas normas dos restantes ordenamentos jurídicos da cadeia de comunicação.

Acontece que estes não são, todavia, os únicos elementos a ter em conta, como se assinalou já, no moderno direito internacional privado. Como ensina NEUHAUS, a justiça do DIP consuma-se essencialmente em dois momentos: num primeiro nível, que consiste na eleição do elemento de conexão (a «pontifex» de que falava RABEL), e num segundo, que consiste exactamente na modelação do resultado material obtido através dessa mesma conexão. Não é apenas a compatibilidade formal e/ou a harmonia de julgados a estar em causa: é também o próprio título de legitimidade ou autoridade da norma em intervir. Este aliás, com as inegáveis alterações que foi sofrendo, é um princípio conformador antigo em DIP: o princípio da maior legitimidade ou proximidade, por vezes positivado nas diversas legislações como «*quid mínimo*», como um princípio de mínimo de proximidade com a situação a regular. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 41.º, n.º 2 do Código Civil português.

JOSE MARIA ESPINAR VICENTE define com precisão, em nosso entender, as linhas de força do novo paradigma do direito internacional privado: a crítica à mera utilização do tipo abstracto e a ideia chave da maior proximidade à situação material a regular. Vale a pena evocar aqui algumas palavras deste autor:

«[...] a pesar del sustrato desconstruivista de las teorías contemporáneas, en todas ellas existe, cuanto menos, el germen de una alternativa al método clásico.

Primero, el proceso de localización del paradigma no debe basarse exclusivamente en el análisis del tipo abstracto al que se reconducen las conductas y hechos reales. La localización debe establecerse mediante el examen directo de las propias conductas y hechos reales que hayan de regularse [...].

Segundo, las conexiones deben seleccionarse y formularse pensando, fundamentalmente, en el resultado sustancial que pretende lograrse. Este objetivo comporta la utilización de una metodología flexible, que se obtiene mediante la disposición de las conexiones en agrupaciones rigurosamente acumulativas, sucesivas, alternativas o mediante el uso de factores de localización meramente orientativos.

Tercero, estos objetivos deben quedar garantizados, hasta el punto de que si no se lograra su satisfacción a través del empleo de estas nuevas técnicas, estas deben ceder en aras de un resultado más adecuado [...]. En esta línea podrían incluirse las normas narrativas de JAYME, las cláusulas de excepción e incluso ciertas actitudes judiciales basadas en la Zweistufentheorie, en las que se toma en consideración la regulación establecida en un ordenamiento no reclamado por la norma de atribución, pero si estrechamente vinculado con el asunto [...].

Ora, a harmonia de julgados (ou de decisões internacionais) é, como sublinha o Prof. BAPTISTA MACHADO, um princípio de «*justiça formal*», incapaz de se situar como fenómeno catalizador de toda a justiça conflitual no seio do paradigma actual e mesmo insuficiente para ser considerado o grande princípio, a *norma normarum* do Direito Internacional Privado.

Antes de analisar pormenorizadamente as posições do Prof. FERRER CORREIA a este respeito, importa tecer algumas considerações, para que a nossa posição seja clara e sistematicamente integrada.

É hoje praticamente consensual que as regras de DIP não são totalmente técnicas e formais, pelo que não se exigem mais desenvolvimentos a este respeito. Aliás, sirva apenas como nota, com a globalização em curso (sobretudo a globalização humana), tornou-se evidente que os propósitos desta nobre ciência jurídica extravasam em muito os órgãos aplicadores do direito ou os Estados. Pelo contrário, torna-se um instrumento fundamental de regulação privada internacional, quer em sede de garantia da continuidade das relações jurídicas, quer no âmbito da tutela das expectativas das partes envolvidas.

Mas, em todo o caso, não nos parece procedente a ideia de que esta continuidade —manifesta no propósito de salvaguardar a harmonia de julgados— possa erguer-se a escopo absoluto. Vejamos: a história do DIP tem conhecido consideráveis mutações paradigmáticas, quer em termos metodológicos, quer em termos de postulados axiológicos e finalidades. Neste sentido, pode afirmar-se o seguinte: a grande questão para os Estatutários italianos era qual dos estatutos se superiorizava de tal forma que exigia a sua aplicação para lá do limite territorial geralmente considerado como absoluto. As considerações políticas implicadas, com efeito, reclamavam que no seio de um território unificado sob um domínio político-administrativo, se aplicassem as leis em vigor no mesmo. A questão era determinar as situações que justificavam um desvio a esta regra,

em função de elementos estritamente conexos com a pessoa ou com a personalidade jurídica. Daí a conhecida sistematização de BARTOLO DE SAXO-FERRATO (não autoria, como muitas vezes se afirma), assente na distinção entre «*estatutos pessoais*» e «*estatutos reais*». Mas a problemática não ficou automaticamente resolvida, desde logo porque a complexidade e a variedade quase inimaginável de tipologias em situações privadas internacionais não se compadeciam com uma divisão estanque ou uma integração meramente categorial de tipo aristotélico. Esta terá sido aliás, a razão determinante do surgimento duma categoria intermédia, os «*estatutos mistos*», nos quais a escolástica da baixa Idade Média já virá a trabalhar.

Não entrando agora na problemática de conhecer o verdadeiro momento da superação da «*concepção estatutária*», é necessário reconhecer a existência de várias escolas estatutárias (a escola estatutária dos conflitos de leis, a escola estatutária francesa ou a escola estatutária holandesa) e os diferentes métodos de trabalho, pois verdadeiramente era disso que se tratava, uma vez que todas as escolas (incluindo os franceses D'ARGENTRÉ e DUMOULIN) tinham como base as mesmas categorias e a sistematização bartolista. Era aliás comum —até finais do século XVII— o brocardo segundo o qual «*quem não era bartolista, não era jurista*», expressão reveladora da influência e do impacto do pensamento deste autor na ciência jurídica.

Em qualquer caso, é comumente reconhecido que é com o alemão SAVIGNY que o DIP conhece o seu ponto de viragem. Mas, para este autor — como aliás para a sua época — a grande questão já não era apenas determinar os casos em que se justificava um desvio à lei do território (a óptica do desvio, da excepção), mas qual das várias leis envolvidas e chamadas por diferentes elementos de conexão (fácticos ou jurídicos) presentes, devia ser aplicada. Pode parecer supérfluo mas tem, em nosso entender, implicações profundas: por um lado, tem-se como aceite que não deve a territorialidade ser tomada como regra geral e principal da regulação das situações privadas de carácter internacional; por outro, procura-se um critério de determinação científico para a lei a aplicar, não partindo de noções simples (típicas do raciocínio e da método escolástico) como pessoa ou território. Tal perspectiva abrirá as portas àquilo que consideramos ser a «*complexidade do Direito Internacional Privado*». No fundo procura-se já responder à questão de saber qual a lei melhor colocada para intervir de acordo com a relação jurídica em causa, mas tendo-

a em conta como um todo. Daí que SAVIGNY venha propor o conhecido critério da «sede» da relação, imbricado numa perspectiva tendencialmente global (embora com excepções referidas pelo próprio autor e que não interessa agora mencionar) de regulação da mesma.

É porém em finais do século XIX —ou talvez mais precisamente já no primeiro quarto do século XX— que se começa a formular a perspectiva que configura o DIP contemporâneo (não obstante a grande maioria da doutrina até aos anos 60 permanecer adstrita a uma concepção tecnicista e formal, hoje superada), nomeadamente com a denominada «grande descoberta» do problema da qualificação (por BARTIN e FRANZ KAHN) e com as críticas da escola realista norte americana, muito especialmente as posições de DAVID CAVERS, B CURRIE e EHRENZWEIG. A questão começa a configurar-se já não apenas numa perspectiva metodológica, mas também substancial, ou seja, começam a manifestar-se preocupações quanto ao resultado a alcançar com o chamado «salto no desconhecido» (LEO RAAPE), e as próprias normas são predispostas para um determinado resultado que se pretende alcançar. É o interesse de política legislativa (os «*policy interests*» de que falava CURRIE), os objectivos do legislador positivo que começam a ganhar uma relevância até então desconhecida em sede de DIP. E é também a ideia da «*better law approach*» que ganha algum terreno, embora com modelações e restrições variadas. Em qualquer caso, imperioso será notar que a óptica da questão —que determinará a metodologia de prossecução da resposta— é já sensivelmente diferente: que lei *interessa* mais aplicar? Que lei *terá mais em conta* os resultados pretendidos? E que elemento, ou elementos, de conexão, *facilitará* mais a obtenção desses mesmos resultados?

Claro que esta perspectiva (dita «substancialista») nunca foi acolhida em absoluto (não obstante algum radicalismo da escola americana, sobretudo de CAVERS, nos anos 30) e a sua exportação para a mentalidade europeia obrigou a importantes restrições e adaptações. Pode dizer-se, assim, com L. BRILMAYER, que não é fácil encontrar uma questão em DIP à qual possamos reconduzir genericamente a óptica do legislador, mas um misto de concepções diversas organizadas segundo os interesses diversos dos legisladores nacionais, na maior parte dos casos de difícil apreendimento real.

É neste círculo que temos de nos mover para abordar as questões em análise. Quanto a nós, dentro desde quadro, cabe dizer que preferimos substituir

os conceitos de maior proximidade, melhor resultado ou melhor estatuto pela noção de melhor legitimidade. Parece-nos, pois, que deve ser o critério da legitimidade a orientar o legislador de conflitos: que lei tem legitimidade, ou superior legitimidade, para se aplicar a uma determinada relação jurídica?

Seja-nos permitida a seguinte imagem, para expressar com intensidade o que pretendemos:

Uma determinada equipa de futebol portuguesa é convidada para um jogo amigável em Omã, contra uma equipa local. Sendo, porém, um acontecimento notável naquele país, as autoridades nacionais decidem premiar o vencedor com uma avultada quantia em dinheiro, somando o mesmo que ganharia a equipa se vencesse a Liga dos Campeões. Está portanto em causa uma quantia substancial.

Poucos minutos após o começo da segunda parte surge o primeiro golo da equipa nacional e, após tal facto, o árbitro (um nacional de Omã) põe termo ao jogo. Indignada, a equipa portuguesa reage e solicita a intervenção de todos os órgãos responsáveis e ameaça interpor recurso para os tribunais. É-lhe dito, porém, que todos os jogos com bola segundo as regras de Omã terminam após o primeiro golo, seja em que sentido for, determinando imediatamente o vencedor da partida.

Mas a questão é: que regras devem ser aplicáveis: as regras do Estado onde decorreu o jogo ou as regras internacionais de futebol?

Na óptica estrita do princípio da territorialidade, dir-se-ia: as regras do Estado de Omã, onde decorreu o jogo; numa perspectiva de «maior proximidade», somos igualmente obrigados a concluir pela aplicabilidade das regras de Omã; numa posição dita substancialista, i.e., do resultado pretendido, não avançaríamos muito, pois tal dependeria da óptica de análise: se dependesse do tribunal de Omã, provavelmente o fundamental era a preservação das regras tradicionais dos jogos naquele país. Mesmo o conceito de «sede da relação jurídica», de SAVIGNY, seria aqui de muito difícil aplicação e, em todo o caso, aproximar-se-ia das soluções anteriores: com efeito, toda a materialidade da situação gira em torno do Estado de Omã. O jogo é neste país, o árbitro é nacional deste país e uma das equipas é também nacional, sendo certo ainda que o convite partiu desta mesma equipa e o prémio em causa foi decidido e disponibilizado pelas autoridades deste país.

Com esta imagem simples, não queremos mais do que por em relevo as fragilidades de concepções

absolutas, com pretensão de totalizadoras, em obediência a determinados princípios/finalidades tidas por primordiais. De facto, todas as perspectivas apontadas parecem —segundo a sua lógica interna— tender para esta resposta, e a verdade é que ela nos parece, intuitivamente, injusta e inapropriada para reger a situação. Ora, em nosso entender, a questão teria de ser resolvida à luz do critério da «legitimidade superior», que consiste em definir qual a lei ou conjunto de regras ou instituto normativo se reveste de «legitimidade superior» para intervir e regular a situação. Tal juízo implica, por um lado, analisar e dissecar cada pormenor relevante de uma relação jurídica concreta, especialmente o fulcro dessa relação, propugnando-se por isso a uma elevada dose de casuísmo; por outro lado, indagar se a relação em causa tinha, na sua origem, elementos de uma determinada ordem jurídica ou de regras de direito internacional, isto é, averiguar se a relação constituída não foi, desde início, conformada por uma qualquer ordem normativa; finalmente, na densificação deste nosso critério, havia que saber se as partes envolvidas tiveram alguma ordem normativa em vista para regular a situação ou, ainda que o não afirmando expressamente, todos os elementos da relação indicam ou pressupõem essa mesma norma. Nestas situações, é a tutela das legítimas expectativas das partes que está em causa e que não deve ser defraudada, como corolário do respeito pela autonomia privada.

Aplicado agora o critério referido à hipótese descrita, poderíamos proceder ao seguinte raciocínio: tratando-se de um jogo de futebol —sendo este um desporto indubitavelmente internacional, aliás dos que maior movimento de massas e de capitais implica— a legitimidade há-de pertencer às regras ou conjuntos de normação mais intrinsecamente conexas com o objecto, de acordo com a conformação e características típicas deste. Ora, é evidente que o futebol é dos desportos com mais relevo e implicações na vida internacional; é também evidente que existem regras claras e consolidadas ao longo do tempo a propósito desta mesma regulação; tratando-se dum jogo entre equipas de diferentes países, e portanto uma situação de carácter transnacional, maior razão existe para presumir a aplicabilidade das regras de origem internacional, que assim se apresentam com «superior legitimidade» para regular o jogo em causa na hipótese. Só assim não seria se as partes —ambas, por acordo— tivessem optado por outra regulação, o que seria considerada uma verdadeira convenção sobre as regras

aplicáveis e constituiria um desvio a este critério. Mas repare-se o seguinte: seria um desvio só num certo sentido. Se as partes acordam a regulação a aplicar (tratando-se de um objecto disponível, obviamente), fundar-se-ia aqui a própria legitimidade da regulação. Com efeito, nestes casos, a expectativa das partes funcionaria como um verdadeiro critério de legitimidade.

Ora, em nosso entender, este critério, bem entendido, repudia veementemente toda e qualquer concepção formal das regras de conflitos e integra-as, desde a sua configuração inicial, numa base material: fundadas num critério de legitimidade, elas [as regras] perseguem necessariamente o valor da justiça, que deve assim sobrepor-se à prossecução da harmonia internacional de decisões.

É nesta linha de raciocínio que surge a nossa diferença em relação às posições assumidas pelo Prof. FERRER CORREIA. Atente-se sobretudo no art. 52.º, n.º2 CC, que manda aplicar, subsidiariamente, «a lei do país com o qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexas» e que o mesmo Prof., como já referimos, entende ser lesiva da segurança jurídica e potenciadora de flutuação decisória e de incerteza jurídica, corolário de uma «renúncia do legislador a resolver ele mesmo o problema». Como decorre do acima exposto, a nossa posição é ligeiramente diferente.

A busca da lei imbuída de uma superior legitimidade para regular o caso deve constituir um imperativo de justiça das regras conflituais. Claro que isto não impede a consagração de critérios positivados pelo legislador, mas estes devem ser considerados como concretização deste princípio e não eles próprios como princípios legitimadores. Ora, numa determinada relação jurídica —dada a sua configuração, geralmente, em torno de um centro imputador, seja ele pessoal ou não (por exemplo, numa relação de filiação será a pessoa do filho, mas numa relação real será a «coisa») — é sempre possível aventar elementos que, *em princípio*, concretizam uma superior legitimidade em intervir. Como o critério estatutário da *lex rei sitae*, no referente à regulação dos bens imóveis. Mas, no seio de uma relação, é possível determinar o elemento principal ou, em alguns casos, dois elementos que podem ser considerados essenciais. Não deve o legislador impor uma hierarquia extensa e rígida de elementos de conexão prevalentes, sob pena de se afastar de quaisquer critérios de legitimidade para se preocupar obstinadamente com a segurança jurídica, mesmo quando a lei designada seja manifestamente

estranha (concretamente, entenda-se) em relação à lei em causa.

Analisemos, através de um exemplo concreto, a que poderia levar uma solução do tipo proposto pelo Prof. FERRER CORREIA. Diz o Ilustre Prof. que, a propósito das relações entre os cônjuges (art. 52.º), quando faltasse a nacionalidade e a residência habitual comuns, se deveria atender, primeiramente, à «última nacionalidade comum, contanto que um dos cônjuges mantenha essa nacionalidade». Imagine-se um casal cuja nacionalidade comum é a nacionalidade belga. Porém, dois anos depois do casamento, o marido, por passar longas temporadas em Espanha, decide adquirir nacionalidade espanhola e perde a nacionalidade belga. Com o tempo, ambos começam a passar longas temporadas em Espanha, sem que se altere a residência habitual: do marido em Espanha, da mulher na Bélgica. O marido pretende agora vender à mulher um imóvel situado em Espanha e que ele adquiriu a um amigo espanhol. Neste caso, por faltar a nacionalidade comum ou a residência habitual comum, o critério do Prof. FERRER CORREIA levar-nos-ia a aplicar a lei belga como reguladora da situação, sendo que esta nenhuma relação tem com a situação e é chamada apenas em função de um critério formal e abstracto. Pelo contrário, um critério de «legitimidade superior», ainda que subsidiariamente, obrigar-nos-á a indagar pelos três pontos acima referidos, e que levarão à conclusão indubitável de que esta relação jurídica entre os cônjuges deve ser regulada pela lei espanhola.

Em nossa opinião, o legislador não pode estabelecer regras obcecado com a segurança jurídica ou com a harmonia de decisões, precludindo critérios de justiça material ou instrumentalizando-os. Nem pode, por outro lado, pretender esgotar a regulação de todas as situações da vida com normas positivas, muito menos num terreno de tal forma complexo, variado e disperso como é o das relações jurídicas multinacionais.

Reconhecemos, no entanto, que a segurança jurídica e as expectativas dos interessados assentes na regulação normativa ou apenas na situação material da relação jurídica, são valores a ter em conta. A solidez e a continuidade do tráfico jurídico são objectivos salutaros de uma ordem jurídica. Tem de garantir-se a harmonia, quanto a nós, entre estes dois pontos suspensos: a aplicabilidade de uma lei superiormente legítima para regular a situação *sub iudice* e a segurança jurídica dos interessados. Por isso consideramos a regulação do art. 52.º CC uma

boa fórmula de consenso: impõe-se primeiramente, em nome exactamente da segurança jurídica, o recurso a dois critérios, entendidos como concretizando, em princípio, a legitimidade superior; porém, na falta destes, deixa-se funcionar o critério *per se*, autonomamente, uma vez que, como se disse, está intimamente conexo com o valor de justiça pretendido. E este obrigará, como se disse, a uma abordagem casuística que, aqui, fará todo o sentido: afastados os dois critérios que, à partida, determinam a melhor solução em abstracto, há que voltar à materialidade concreta da situação e averiguar da lei melhor colocada para a regular, do ponto de vista da legitimidade. No fundo, trata-se, nos dois momentos de aplicação do direito, do mesmo princípio, embora concretizado numa actividade de mediação legislativa num primeiro momento e funcionando em termos genéricos-principiológicos no segundo.

A verdade é que, assim concretizado, o critério da legitimidade superior harmoniza plenamente (pelo menos tendencialmente) os vários valores a ter em conta no moderno DIP. O critério proposto pelo Prof. FERRER CORREIA pode levar a soluções «ilegítimas» (em nosso entender e dentro do juízo perspectivado à luz do critério da legitimidade superior, entenda-se), como o exemplo atrás elaborado ilustra bem.

Da posição por nós subscrita há ainda que proceder a alguns desenvolvimentos ou esclarecimentos. Antes de mais a «questão hierárquica». Denominamos de questão hierárquica a reflexão em torno da relação princípio-normas de conflitos, de forma a saber se estas se apresentam como concretização (ou tentativa) daquele (seja ele definido em qualquer perspectiva) ou se, pelo contrário, são elas [as normas de conflito] a definir estruturalmente o regime vigente. Ou, noutras palavras, a fornecer o critério geral, sendo que algum princípio ou cláusula geral apenas actuará a título subsidiário. Parece ser esta última a posição do Prof. FERRER CORREIA, quando se refere à norma do art. 52.º do Código Civil português. Pois bem, não é essa a nossa perspectiva.

Antes de mais, entendemos que o DIP tem de ter um princípio inspirador, um paradigma actuante que lhe forneça, em cada época histórica, as suas notas marcantes. Aliás, essa é uma decorrência lógica da concepção segundo a qual o DIP não é apenas um articulado mais ou menos sistematizado de regras técnicas e absolutamente neutras, mas um arsenal dogmático-científico e um conjunto norma-

tivo perseguidores, também, de uma determinada justiça material ou valor de justiça, para recorrer a uma expressão mais comum na doutrina internacional. Ora, se é assim, e tratando-se de domínio jurídico claro, terão de (ao nível ontológico) existir princípios estruturais e estruturantes e (ao nível funcional-operativo) conformar as regras normativas especiais. Esses princípios têm sido entendidos de forma volátil ao longo da história: como vimos (ainda que de forma claramente superficial) as ideias inspiradoras diferenciam-se claramente no período estatutário, pós-savigniano e contemporâneo. Mas, em cada momento, distinguiram-se referências principiológicas conformadoras das regras positivas.

Explicitámos já a nossa preferência nesta matéria, enunciando o critério de princípio que deve reger as situações privadas internacionais: o critério da legitimidade superior ou «superior legitimidade». Ora, neste entendimento —que, sublinhamos mais uma vez, parece ser o mais concordante com o moderno paradigma de DIP— a legitimidade de um direito (nos termos necessariamente provisórios que enunciámos) deve ser como que a «questão prévia» de qualquer procedimento metodológico-legislativo e também metodológico-aplicativo, i.e., no momento de feitura das leis e no momento posterior da sua aplicação. Neste sentido, e voltando ao art. 52.º CC, os dois critérios legislativamente positivados (a nacionalidade comum e a residência habitual comum) seriam apenas instrumentos de mediação ou concretização daquele princípio, consistindo o último critério (a lei do estado com o qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexa) num regresso racional, num «retrocesso às origens», que seriam precisamente as notas estruturais do princípio da superior legitimidade, mais do que o princípio da conexão mais significativa (*the most significant relationship*), que pelas razões atrás indicadas não nos parece suficientemente abrangente e operativo. E, sendo um regresso racional, ele expressa efectivamente a superioridade do verdadeiro critério condutor do órgão aplicador do direito e obriga a uma decisão coerente com o mesmo. Coerência que, note-se, nunca se perdeu, na medida exacta em que os dois «primeiros» critérios legais mais não são do que modelos ou instrumentos de concretização.

Perguntar-se-á: mas então, porque são necessários sequer esses critérios iniciais, porque não deixar logo à partida nas mãos do julgador a decisão sobre qual a lei «superiormente legítima» para regular o caso? Como se indicou já, resulta esta decisão da necessária ponderação deste princípio com outros

elementos, sobretudo de ordem pragmática e funcional. Mais: trata-se de uma tentativa, um ensaio, de, impondo o princípio —porque é ele a decidir por esses mesmos elementos de conexão, mas como que em termos de probabilidade, de prognose— salvaguardar, se possível, a continuidade das relações jurídico-privadas e a harmonia de decisões.

Chegamos assim ao último considerando do nosso primeiro tópico de análise, que parece ser um corolário lógico da nossa posição. Anunciá-lo-emos de forma breve, visto ser relativamente marginal aos propósitos que nos propomos atingir. Trata-se de arguir a necessidade imperiosa de uma cláusula de excepção (*escape clause* na linguagem anglo-saxónica) no direito português, por nos parecer essencial uma norma deste tipo dentro do paradigma de DIP contemporâneo a que fizemos referência. Advogando normas de conflitos (normas de DIP, em sentido mais amplo) que perseguem efectivamente o valor de justiça (pelo menos parcialmente) e a superioridade de certos princípios conformadores (onde sobressai, pela densidade e pela posição hierárquica, o princípio da legitimidade superior), não pode deixar de admitir-se a sua vigência para além das próprias normas concretizadoras e a «avocação» da situação a regular quando seja manifesto que determinada norma conflitual, não obstante ser positivamente consagrada e concretizadora, em abstracto, do princípio, viola, no plano da análise concreta, o princípio originário. Tal implica, como atrás defendemos, uma análise *sempre* casuística do problema, embora só quando a contradição valorativa seja *manifesta* se deva efectuar o referido «regresso racional» ao princípio da legitimidade superior em abstracto.

Em qualquer caso, é para nós evidente que a denominada cláusula de escape é expressão de um direito internacional privado em que valores substanciais se superiorizam (apesar de sempre se tentarem conjugar), em termos operacionais, aos desígnios formais. Expressão, no limite, de um DIP que hierarquiza devidamente as suas prioridades e objectivos. Isto implica dizer que, ainda que garanta a harmonia de julgados ou se destine a salvaguardar, tendencialmente, as expectativas das partes, não pode aceitar-se uma solução que se encontre em manifesto desacerto com o paradigma vigente: paradigma que, como já dissemos, deve assentar na ideia de legitimidade de aplicação. Neste sentido, a *escape clause* acaba por ser a pedra angular de todo o sistema, a garantia da efectiva operacionalidade do princípio conformador ou, numa linguagem kel-seniana, a fonte de articulação de toda a pirâmide.

Debruçamo-nos de seguida sobre um dos problemas mais fascinantes do DIP contemporâneo: as relações entre a Constituição e o DIP. Recordemos o pensamento do Prof. FERRER CORREIA sobre a matéria, expressa na referida conferência.

Começa o ilustre Prof. por avançar que *«se não pode pôr-se o problema de aquilatar a validade de normas estrangeiras segundo os padrões ou a tábua de valores jurídico-materiais da Constituição, já pode pôr-se o de se lhes denegar toda a aplicação às relações privadas internacionais, nos termos estabelecidos pelas regras de conflitos nele vigentes, quando porventura infringjam aqueles valores»*, concluindo porém que *«tal solução não deve aceitar-se»*. É fundamental a mesma conclusão na base de que, também para as normas constitucionais *«não pode deixar de pôr-se aquele mesmo problema que se levanta para as disposições das leis ordinárias e que é o problema da sua esfera de aplicação temporal e espacial»*, pois *«a regra de direito não é segundo a sua natureza aplicável a condutas que lhe sejam estranhas, que se situem fora da sua esfera de eficácia (quer em razão do tempo em que ocorreram, quer em razão do que chamarei a sua localização espacial) e cujos agentes nenhuma possibilidade ou razão tiveram para por ela se deixarem determinar»*. Há que ter em linha de conta, também na aplicação das normas constitucionais, que *«a aplicação de uma lei a uma situação factual determinada pressupõe a existência entre ambas de algum nexos, de algum ponto de contacto apreciável, ou seja em razão dos próprios factos, ou da coisa, ou das pessoas»*.

Como pedra angular, e que podemos considerar paradigmática, do seu raciocínio, estabelece: *«assim, à norma da lei estrangeira indicada como aplicável ao caso pela regra de conflitos da lex fori seria dada, em princípio, aplicação, independentemente de ela porventura colidir com um preceito constitucional sobre direitos fundamentais (como o que proíbe que os filhos nascidos fora do casamento sejam alvo de discriminação; como o que formula a regra da igualdade entre homem e mulher)»*. Ainda que já em conexão com outro tema, o Prof. FERRER CORREIA parece sintetizar bem o seu pensamento nesta matéria com a seguinte reflexão: *«não se trata tanto de estabelecer —ou de excluir— a incompatibilidade abstracta da norma estrangeira com as concepções fundamentais da lex fori no mesmo domínio, como de apurar a possível incompatibilidade de uma aplicação concreta da referida norma com o espírito do sistema. Daí que a melhor doutrina exija que entre a situação em julgamento e a ordem jurídica local exista algum nexos relevante: um nexos suficientemente forte para justificar a não aplicação do direito estrangeiro. Na verdade, se for lícito dizer*

que a situação em causa se apresenta como marginal relativamente à vida jurídica que decorre no país do foro, parece que fica excluída a possibilidade de a sua decisão poder abalar nos seus mesmos alicerces jurídicos e morais a comunidade local. Não se esqueça, por outra parte, que a justiça de uma lei é tão-somente uma justiça relativa: relativa a um lugar e a um tempo determinado. Uma justiça espácio-temporalmente condicionada».

Deve começar por referir-se que é esta uma posição com algum consenso na doutrina nacional e estrangeira e que tem sido denominada como a *«exigência do nexos relevante»*. Não é já a ideia, de certa forma tradicional, do *«espaço livre de constitucionalidade»*, fruto de uma particular concepção das normas de conflitos, mas a de adaptar o tradicional entendimento da força normativa da Constituição ao domínio específico das relações privadas internacionais. A doutrina norte americana tem sido particularmente insistente neste domínio, i.e., na exigência de laços suficientemente fortes entre o caso *sub iudice* e a ordem jurídica do foro e os tribunais norte americanos têm desenvolvido jurisprudência neste sentido. Na mesma linha, embora mais moderado, se expressa o Prof. RUI MOURA RAMOS: *«admitindo-se de forma mais ou menos clara a possibilidade de intervenção dos comandos constitucionais nas relações jurídicas cuja regulamentação é objecto do DIP, não é possível sem mais, no entanto, dar por resolvido o problema do âmbito espacial destas normas, isto é, da determinação de quais as relações jurídicas concretas que não poderão ficar imunes aos valores nelas contidos. Com efeito, se a questão da determinação de um âmbito espacial de aplicação se põe para todas as normas jurídicas, não se vê porque é que a Constituição se veria dispensada de afrontar esta problemática. Importa, pois, segundo o consenso generalizado da doutrina, delimitar os casos da vida jurídica internacional a que, por assim dizer, a Constituição se vai aplicar»*.

E, nesta tarefa de delimitação começa por tocar exactamente no essencial ponto do *«nexos relevante»*. Atente-se, pois, nas seguintes palavras: *«Um primeiro ponto há desde logo que referir. É ele o de que não basta evidentemente que um determinado problema se ponha em certo Estado para que se encontrem criadas as condições necessárias à intervenção da lei fundamental deste. Não é, pois, de modo algum suficiente, para que funcione o núcleo programático de uma Constituição, que se verifique o nexos tido por bastante para fundar a competência judiciária desse Estado. Há aqui, com toda a evidência, que realizar uma interpretação do texto constitucional que permita discernir quais as hipóteses por ele contempladas, sem embargo de essa*

interpretação não poder ser feita de fora, devendo pelo contrário arrancar da própria Constituição. E não parece que haja que ir além do simples bom senso para justificar esta asserção. De resto, seria a situação contrária — a aplicação indiscriminada do texto constitucional a toda e qualquer fattispecie que um tribunal deva analisar — que se poderia vir a revelar contrária a outras exigências constitucionais (...). Por outro lado, também parece que as normas constitucionais que sejam eventualmente pertinentes para a apreciação de uma questão prévia de pouco importarão quando esteja em causa a resolução de uma questão principal».

Deste raciocínio denota-se uma certa concepção das relações entre a Constituição e do DIP. Desde logo, ainda que de forma mais atenuada e ponderada, mantém-se a exigência e a distinção — porque é disto verdadeiramente que se trata — da aplicabilidade da Constituição face às normas nacionais e face às normas internacionais, quando estejam em causa situações privadas internacionais. Em rigor, mantém-se a exigência de um «nexo relevante», embora em termos algo diferenciados em relação ao Prof. FERRER CORREIA. Também EUGENE F. SCOLES, PETER HAY PATRICK J. BORCHERS e SYMEON C. SYMEONIDES, em nome da melhor doutrina anglo-saxónica, tecem considerações similares:

«When the forum applies its law so that it imposes a burden on a party that another law would not, it may deprive the party of life, liberty or property. By contrast, governmental interests of affected states in multi-state transactions result in the desire of the forum to advance the policies of its law if it may do so consistent and if this law differs from the law of the situs of the events or the domicile of the parties, the interests or policies of the other state or states may be frustrated. If the interests of the affected other state clearly outweigh the forum's interest, Full Faith and Credit may require that the forum defer and not apply its law.»

Mais adiante, concluirão ainda os Autores, que *«the one test of constitutional limitations of choice of law is whether the law to be applied has a sufficient relationship with the multi-state transaction in question to permit its application»*, o que, estamos convictos, enuncia uma vez mais a exigência do «nexo relevante» na aplicação de comandos constitucionais excluídos de normas jurídicas estrangeiras. No fundo a necessidade de uma conexão suficiente ou razoável (*sufficient relationship*) para impor a operatividade das normas constitucionais do foro, afastando assim normas designadas pelas normas de conflitos, em

princípio as mais apropriadas para reger uma situação privada internacional da natureza em causa.

Conclui ainda, noutro lugar, FERRER CORREIA, que *«os preceitos da lei estrangeira designados pela norma de conflitos que se não coadunem com os direitos fundamentais consagrados na legislação portuguesa são seguramente inaplicáveis (...)». Só que, para tanto, será indispensável que no caso de espécie se encontrem realizados os pressupostos de relevância da ordem pública. O primeiro desses pressupostos é naturalmente o facto de se tratar de valores de máxima importância do ordenamento do foro. Outro consiste na existência de uma conexão significativa da espécie a julgar com aquele ordenamento. Assim, à norma da lei estrangeira designada como aplicável ao caso pela regra de conflitos da *lex fori* seria dada, em princípio, aplicação, independentemente de ela porventura colidir com um preceito constitucional sobre direitos fundamentais (como o que proíbe que os filhos nascidos fora do casamento sejam objecto de discriminação; como o que formula a regra da igualdade entre o homem e a mulher».*

Vejam os em seguida que crítica se pode fazer a esta concepção. Anotemos desde já que toda ela se baseia numa exclusão da aplicação directa da Constituição (inclusive dos direitos fundamentais) e numa aplicação condicionada, ou sujeita à verificação de determinados pressupostos, da mesma. Excepto em casos absolutamente excepcionais (aquilo a que a justiça internacional chama «imperativos de justiça»), as normas estrangeiras designadas pelas normas de conflitos do foro contrárias à Constituição teriam igual aplicação, a menos que uma conexão relevante à ordem jurídica do foro justificasse o contrário. O que emerge do pensamento do Prof. FERRER CORREIA é necessariamente esta ideia: em princípio, a lei estrangeira furtava-se ao controlo da constitucionalidade do foro, excepto se uma conexão significativa (que terá de ser analisada casuisticamente) justifique essa confrontação normativa.

Parece-nos, porém, que tal estrutura conceptual e acervo metodológico se depara, no ordenamento jurídico português, com não poucas dificuldades. Enunciamos as três normas constitucionais que nos parecem ter maior importância face ao problema em debate:

«Art. 13.º - Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei»

«Art. 18.º - Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamen-

te aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas»

«Art. 204.º - Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados»

É perceptível aos olhos de qualquer observador que não podem as constituições nacionais impor constantemente e com base em todo o tipo de pretextos, as respectivas valorações em sede de relações privadas internacionais. Nem tão pouco podem afastar sucessivamente normas que, de outro modo, seriam competentes para regular determinadas matérias, sob pena de insuperável insegurança no tráfego e frustração de expectativas legítimas. Mas, ao mesmo tempo, é necessário toda a prudência na enunciação de regras metodológicas gerais, cuja compatibilidade com o ordenamento jurídico (*maxime*, com o ordenamento jurídico-constitucional) é, pelo menos, duvidosa. A exigência de umnexo relevante entre o caso *sub iudice* e a ordem jurídica do foro compreende-se. Pretende, em termos abstractos, evitar intrusões indevidas na regulação privada internacional. Não se pode furtar, porém, a um exigente exame crítico na óptica do nosso ordenamento jurídico.

Consagrou, como se sabe, a Constituição de 1976, o sistema de fiscalização difusa da constitucionalidade das normas (ou um sistema de fronteira, pedindo de empréstimo a expressão de RUI MEDEIROS). Quer isto dizer, fundamentalmente, que *«os tribunais têm acesso directo à Constituição, com competência plena para decidir, e não apenas para apreciar e admitir o incidente. Neste sentido, se afirma que, no actual sistema jurídico português, todos os tribunais, sem excepção, são órgãos de justiça constitucional»*, significando isto que *«os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional»*. Não é nosso propósito proceder agora a uma descrição do sistema [original, por sinal] de fiscalização da constitucionalidade patente na CRP, por razões evidentes. Importa, em todo o caso, compreender o verdadeiro paradigma estrutural e a sua materialidade, racionalidade e metanarratividade, de forma a apreender todo o seu impacto na questão em análise, isto é, as relações entre o DIP e a Constituição.

Parece-nos evidente que, ao optar por um sistema difuso (mas não um puro *Judicial Review*), o legislador procurou promover o acesso à Constituição pelos tribunais, conceptualizando esta como crité-

rio de justiça racional. Neste sentido, a consagração da eficácia directa dos direitos fundamentais (art. 18.º CRP) e de um sistema difuso erige-se numa verdadeira «salvaguarda de justiça». O art. 204.º CRP, porém, não introduz uma mera faculdade aos tribunais, uma espécie de poder constitucional partilhado; pelo contrário, impõe esse acesso e a consideração do parâmetro constitucional em todos os «feitos submetidos a julgamento», com a consequente desaplicação da norma [considerada] inconstitucional. É, pois, uma verdadeira referência jurídico-material última de todas as decisões jurisdicionais.

Claro que, em termos de metódica constitucional (e metódica jurídica, em geral) pode e deve-se colocar a questão de saber sob que pressupostos se desencadeia o funcionamento da norma. Isto porque, como é reconhecido pela teoria geral do direito, toda a norma têm um âmbito de actuação, de aplicação ou, para utilizar palavras de BAPISTA MACHADO, um *«âmbito de eficácia possível»*. A demonstrá-lo está a sempre intensa polémica da vinculação dos direitos fundamentais às entidades privadas (tal como previsto no art. 18.º CRP) e a clássica questão da eficácia real do princípio da igualdade no domínio das relações jurídico-privadas.

Não é essa, porém, no nosso entendimento, o verdadeiro cerne da questão jurídica que agora nos ocupa. Trata-se de saber, com efeito, se as normas jurídicas estrangeiras com competência para actuar na ordem jurídica portuguesa (através do reconhecimento dessa mesma competência por uma norma de conflitos portuguesa) se podem furtar ao crivo do *«bloco de constitucionalidade»*, submetendo-se a ele apenas quando tal seja justificado pela existência de uma conexão significativa com a ordem jurídica.

Começamos por dizer que a referida conexão (ou nexorelevante) releva mais em sede de determinação da ordem jurídica competente do que propriamente enquanto limite à aplicabilidade do direito material. Se um caso a regular apresenta uma relação muito ténue com o ordenamento jurídico português, quer do ponto de vista material, quer formal, então o que faz sentido (mesmo numa pura lógica jurídico-processual) é a ponderação da questão em sede de competência do foro e não a sua utilização enquanto justificação de um limite racional à aplicação das normas do foro, principalmente quando se trata das normas hierarquicamente superiores. Queremos com isto dizer que, regra geral, o reconhecimento de uma ordem jurídica como com-

petente para regular uma determinada matéria ou caso complexo da vida privada internacional, reflecte já um nexo de conexão com a referida ordem jurídica e legítima, como nota LEWALD, a aplicabilidade integral da mesma.

Como nota o Prof. RUI MOURA RAMOS, «*tal solução não levanta problemas no caso das relações puramente nacionais —em que a aplicação da *lex fori* é de preceito— nem tão pouco no das relativamente internacionais (afinal, o inverso do anterior) em que por força se haverá de aplicar a lei do país em relação ao qual a situação se poderá dizer puramente nacional. E a mesma lei deverá ainda ser aplicada a situações não totalmente nacionais em relação a um Estado estrangeiro mas que tenham com este Estado os contactos que o foro considera suficientes para, se o caso surgisse, com as mesmas características, no seu âmbito fundarem a aplicação do seu próprio direito.*»

Caso contrário, estamos a admitir a diferenciação do nexo relevante em dois níveis: o nexo relevante para legitimar a competência da ordem jurídica e o nexo relevante para legitimar o próprio direito, *strictu sensu*. Ou então afirmamos a importância do nexo relevante para umas matérias e excluimos para outras. Diríamos: está verificado o nexo que possibilita e reconhece competência à ordem jurídica do foro para regular a questão em causa, mas já não o que fundamentaria a aplicação da norma superior dessa mesma ordem jurídica, sendo que a própria Constituição proíbe expressamente a aplicabilidade de normas (sem distinguir a sua origem ou natureza) contrárias na resolução dos casos concretos submetidos aos tribunais.

Chegamos com este tipo de considerações ao momento conclusivo do nosso trabalho: propomos a teoria da cláusula constitucional como grande critério de resolução da complexa questão das relações entre DIP e Constituição.

A teoria da cláusula constitucional propõe os seguintes pontos distintivos:

- (i) Toda a remissão para uma ordem jurídica estrangeira conleva necessariamente o requisito primordial da constitucionalidade das normas finalmente aplicáveis face à Constituição da *lex fori*.
- (ii) A harmonia de julgados ou as expectativas das partes não se podem sobrepor aos comandos constitucionais, pela simples razão de que estão em causa valores axiais da ordem jurídica, ou seja, valores de natureza material hierarquicamente superiores. No fundo, tal raciocínio

jurídico-metodológico também procede no âmbito interno: não pode a uniformidade jurisprudencial impor-se a um juízo de inconstitucionalidade fundado, nem a expectativa das partes pela operacionalidade de uma norma julgada inconstitucional pode prevalecer sobre este mesmo juízo de racionalidade jurídica.

(iii) Para estarem reunidas as condições necessárias para o desencadear dos efeitos das normas constitucionais basta a verificação do «nexo bastante», não de forma autónoma, mas atinente à própria questão da competência da ordem jurídica portuguesa: caso se afigure competente, então da conjugação da verificação do nexo exigido com o juízo de competência resulta a legitimidade de aplicação da Constituição, enquanto expressão dos valores superiores dessa mesma ordem jurídica competente.

(iv) Apenas excepcionalmente pode determinado caso convocar normas jurídicas (através de normas de conflitos da *lege fori*) que se furtem ao crivo da constitucionalidade. Trata-se de uma cláusula de «*exceção de constitucionalidade*», formulada nos seguintes termos: quando, apesar de verificados os pressupostos da competência de determinada ordem jurídica, seja manifesto que a Constituição do foro não apresenta «vocaçao de aplicabilidade» ao caso concreto, seja pela via interpretativa dos próprios preceitos constitucionais, seja pela restante marginalidade absoluta do caso material em análise (o termos «restante» salvaguarda assim o ponto ou nexo de conexão que legitimou a própria competência da ordem jurídica), então, a título excepcional, admitir-se-á uma «*constitucionalidade atenuada*».

(v) A «*constitucionalidade atenuada*» é a aplicação de determinadas normas constitucionais dentro de um escopo argumentativo determinado e circunscrito pela própria particularidade do caso concreto. Repare-se que não se trata pura e simplesmente de arguir a não aplicabilidade do art. 204.º CRP (o que nos parece sempre, ainda que a título excepcional, ferido de ilegitimidade por carência de base normativa), mas de preconizar uma interpretação particularmente restrita e atenuada (em termos de efeitos produzidos) dos preceitos constitucionais, dentro, sublinhe-se, da «*intencionalidade problemática do caso concreto*», recorrendo aqui a uma conhecida expressão de CASTANHEIRA NEVES. De facto, afirmar categoricamente que a norma estrangeira, (por-

que emanada de um órgão de poder exterior ao «espaço constitucional» e porque destinada a regular uma situação de cariz internacional) pode inibir-se de um controlo constitucional parece por em causa, para além do princípio da constitucionalidade das leis, o próprio princípio da unidade do sistema jurídico, tal como no-lo define MARIA LUCIA AMARAL: «*O ordenamento de um Estado-constitucional, dotado desta estrutura de fontes, é antes de mais um ordenamento uno. A unidade da ordem jurídica não pode deixar de ser a primeira característica distintiva da estrutura normativa típica deste tipo de Estado. Se, num Estado como este, a Constituição é fonte superior do ordenamento, e, portanto, a norma fundamental na qual todo direito objectivo se sustenta, tal significa que qualquer norma que comonha a ordem jurídico-positiva pode ser, directa ou indirectamente, reconduzida —na sua forma ou na sua substância; pela autoridade que a emitiu ou pelo conteúdo da regulação que prescreve— a essa norma fundamental única que é a Constituição*».

(vi) A teoria da cláusula constitucional não admite, em caso algum, a aplicação, no ordenamento jurídico nacional, de normas estrangeiras claramente inconstitucionais (ressalvando, para os referidos casos, o juízo de constitucionalidade atenuada), ao mesmo tempo que distingue juridicamente (de forma estrutural e funcional-operativa) a Constituição da cláusula de ordem pública, prevista no art. 22.º do Código Civil português.

Nestes breves tópicos sintetizamos a nossa teoria da cláusula constitucional, sem espectaculares desenvolvimentos em função não apenas do objecto deste trabalho, previamente definido como uma recensão, mas também pelas óbvias limitações de tempo. Em qualquer caso —e sem prejuízo de posteriores reflexões e desenvolvimentos— parece-nos que se integra harmoniosamente na interpretação que fazemos da CRP, especialmente em sede de princípios fundamentais, regime jurídico dos direitos fundamentais e sistema de fiscalização e garantia da Constituição.

O DIP é, como sublinhou KRONSTEIN, um instrumento de ordem social e não pode, por isso mesmo, postular-se como supra normativo ou mesmo de natureza constitucional, muito menos pode apelar-se, como já esgotantemente vimos, de instrumento puramente técnico e neutral. Mas, sendo um instrumento de regulação social —para além de normativo-judicial— não pode impor soluções

materialmente inconstitucionais, pela evidência de que não pode por em causa o projecto social iminente aos valores constitucionais.

Voltemos agora, exposto o essencial da nossa posição, ao texto do Prof. FERRER CORREIA, nomeadamente aos exemplos que fornece como expressão do seu modo de pensar. Procedamos então a uma análise comparativa dos resultados a que chegamos.

Tomemos o seguinte caso, apresentado pelo Insigne Mestre, como exemplo de análise. Trata-se de um italiano que pretende ser reconhecido em Portugal como filho de um compatriota aqui domiciliado. O Código Civil italiano só admite a investigação judicial da paternidade em casos limitados (convivência notória, como marido e mulher, da mãe com o suposto pai no período legal da concepção, escrito do pai donde se deduza inequivocamente a paternidade, etc.). Suponhamos, acrescenta o Autor, que não se alega qualquer destes elementos, pela simples razão de eles se não verificarem. Pode ou não funcionar aqui a norma constante do art. 36.º, n.º4 CRP que estatui que «*os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação [...]*», de forma a afastar as normas italianas aplicáveis a fazer funcionar a legislação portuguesa nesta matéria, que não impõe restrições significativas à investigação da paternidade, em conformidade com os artigos 1869.º e segs. CC?

Não entraremos aqui em considerações, muito menos minuciosas análises, do direito português em matéria de filiação. A questão centra-se no momento prévio: pode a Constituição portuguesa impor, normalmente, os seus comandos normativos e conteúdos valorativos, de forma a afastar a lei designada pela norma de conflitos? Responde o ilustre Prof. que tal solução seria «extremamente contestável». E estrutura a sua resposta em dois pontos distintos, que cumpre verificar: por um lado «*nada autoriza a taxar de intoleravelmente iníqua a lei que, reconhecendo aquele direito [de investigação da paternidade], todavia estabelece certas restrições ao seu exercício, em ordem a por cobro aos abusos, às pressões, às chantagens a que um regime liberal se presta inevitavelmente*». Por outro lado, e será este o ponto relevante na nossa perspectiva, «*o laço que une o caso figurado ao ordenamento jurídico português, e que deriva unicamente do facto de o pretense pai residir em Portugal, não se afigura bastante. É que o eixo em torno do qual gira o nosso direito material da filiação não reside na pessoa do pai, mas do filho*».

Pelo nosso lado, chegaríamos a resultados diferentes de acordo com a metódica proposta anterior-

mente —segundo a teoria da cláusula de constitucionalidade. Nesta perspectiva, começaríamos por ajuizar— e resolvida a questão da competência do foro, que aqui não tratamos directamente e portanto presumimos —acerca da conformidade das normas em causa (designadas) com a CRP. Chegados à conclusão, através do processo racional de averiguação comum— e esgotada a possibilidade de uma «*interpretação conforme à Constituição*» - que não estamos perante um fenómeno de inconstitucionalidade, então o processo não oferece nenhuma novidade e todo o *iter* processual seguirá o seu curso normal, sem prejuízo do posterior funcionamento de institutos como a reserva de ordem pública, prevista no art. 22.º do Código Civil português. Rumo diferente toma o processo em caso de inconstitucionalidade das normas em causa. Ora, na hipótese em análise, verificaríamos isto mesmo: quaisquer restrições (excepto as previstas na lei) à livre investigação da paternidade são materialmente inconstitucionais. Logo, começaríamos por estatuir que, em *princípio*, tais normas não teriam aplicação. Cumpriria verificar ainda, na esteira da metodologia proposta, se a interpretação do art. 36.º, n.º 4 CRP segundo os melhores critérios hermenêuticos, repudiava a sua aplicação ao caso concreto ou o excluía sem mais do seu campo material de previsão. Não parece ser esse o caso, sendo que tal comando constitucional expressa, em nossa opinião, um valor fundamental em termos de direito da família e manifesta a sua vontade de aplicação a todos os casos, exactamente como forma de evitar a discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento. O segundo crivo basear-se-ia em saber se toda a materialidade do caso (para além daquela que necessariamente legitimou a intervenção da ordem jurídica do foro) parece esquivar-se ao contacto (jurídico, fáctico, axiológico, psicológico, voluntarístico) com a ordem jurídica do foro. Neste caso concreto, parecer-me-ia que não, pois para além de o caso estar submetido à ordem jurídica do foro (melhor, à unidade da ordem jurídica), o pretense pai reside em Portugal, sendo que o elemento de conexão «residência habitual» se assume cada vez mais (e as recentes Convenções de Haia revelam isso mesmo) como o elemento decisivo de conexão, interligação, de *pontifex*.

Assim, em face do exposto, a teoria da cláusula de constitucionalidade imporia precisamente a solução inversa: a procedência da acção de investigação da paternidade. É que, em último caso, não está em causa a iniquidade da lei italiana ou a aceitação da sua diferente valoração perante este domínio con-

troverso do direito da família. O que está em causa é o respeito pelas normas constitucionais (neste caso, os arts. 18.º, 36, n.º4 e 204.º CRP) do foro num Estado Constitucional de Direito. É o próprio princípio do Estado de Direito, tal como —nas expressivas palavras de MARIA LUCIA AMARAL— é entendido na contemporaneidade: «*o poder do Estado só pode ser exercido com fundamento na Constituição, e em leis que formal e materialmente sejam conformes com ela e com o fim de garantir a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a justiça e a segurança*».

Mas, mesmo que se admitisse a verificação do último requisito exposto (a que poderíamos chamar de «materialidade marginal») nem por isso, em nosso entender, deveria a acção improceder. Vejamos: funcionaria aqui aquilo a que chamamos de constitucionalidade atenuada, nos termos da interpretação restrita e circunscrita já avançados. Porém, a materialidade do caso concreto não se afasta ou restringe do núcleo central da previsão normativa do art. 36.º, n.º4, de forma a justificar a sua restrição ou, pelo contrário, alargamento. O caso em análise subsume-se plenamente no domínio visado do comando constitucional em análise, no seu cerne valorativo-regulador e não num dos aspectos marginais que poderiam, eventualmente, ceder nesta interpretação e aplicação atenuadas da norma constitucional. Como tal, uma vez mais, a acção de investigação da paternidade procederia e a ela teria de se submeter o pretense pai residente em Portugal.

Com este exemplo, esperamos ter tornado patente, com vigor e claridade, as diferenças substanciais das duas posições em presença, mas também as linhas mestras da nossa teoria da cláusula de constitucionalidade [das normas de conflitos]. Pretendemos assim fornecer um modesto contributo ao estudo da questão essencial das relações entre a Constituição e o direito internacional privado, ainda que em termos necessariamente restritos e carentes de amplos desenvolvimentos, que esperamos sinceramente ter oportunidade de realizar num futuro próximo.

Há que notar, todavia, como elemento conclusivo, que os dois ensaios solutivos que aqui apresentámos, quer o critério da «superior legitimidade», quer a teoria da cláusula de constitucionalidade, se inserem no que consideramos ser a progressiva materialização do DIP enquanto paradigma emergente, como assinala a Prof.^a MARIA HELENA BRITO. Ao mesmo tempo, não poderemos deixar de reconhecer a provisoriedade da sua estruturação material e da sua configuração jurídica. Tal como é

forçoso reconhecer que ambos os critérios podem apresentar-se como insuficientes e mesmo indesejáveis face a certos casos concretos ou meramente hipotéticos. É tempo de recordar, como já assinalavam os antigos, que a vida supera sempre as regras jurídicas, o que não poderá deixar de valer num domínio tão complexo e variável como as situações privadas internacionais.

BIBLIOGRAFIA

- Armindo Ribeiro Mendes, «Irradiação das normas e princípios constitucionais para a ordem legislativa (direito privado)», in *Perspectivas Constitucionais*, Vol. II, Coimbra Editora (1997)
- Baptista Machado, João, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, Coimbra (1970)
- Baptista Machado, João, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra (1999)
- Castanheira Neves, António, «O objecto do processo» in *Direito Processual Penal - Textos*, org. de Teresa Belezza e Frederico Isasca, AAFDL, Lisboa (1992)
- Cavers, David, «A critique of the choice-of-law problem» in *Harvard Law Review*, n.º 47 (1933)
- Cavers, David, *The Choice-of-Law Process*, Ann Arbor, 1965
- Espinar Vicente, José Maria, *Ensayos sobre teoria general del Derecho Internacional Privado*, Madrid (1997)
- F. Scoles, Eugene, Peter Hay, Patrick J. Borchers e Symeonides, Symeon, *Conflict of Laws*, Third Edition, Hornbook Series, St. Paul (2000)
- Fernández Rozas, José e Sánchez Lorenzo, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, 2.^a ed., Civitas, Madrid (2001)
- Ferrer Correia, António, «A revisão do Código Civil e o Direito Internacional Privado» in *Estudos Vários de Direito*, Universidade de Coimbra (1982)
- Ferrer Correia, António, *Lições de Direito Internacional Privado I*, Almedina, Coimbra (2004)
- Ferrer Correia, António, *Lições de Direito Internacional Privado I*, Almedina, Coimbra (2000)
- Gomes Canotilho, José Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 2.^a ed., Coimbra Editora (2001)
- Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra (2003)
- Helena Brito, Maria, *A Representação nos Contratos Internacionais*, Almedina, Coimbra (1999)
- Hespanha, António, *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*, Europa-América, Mem-Martins (1997)
- Jayne-Ehrenzweig, *Private International Law*, vol. II, Nova York (1973)
- Kronstein, *Crisis of Conflict of Laws*, Georgetown Law Journal (1949)
- Medeiros, Rui de, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Univ. Católica Editora, Lisboa (1999)
- L. Brilmayer, *Interest analysis and the myth of legislative intent*, Mich. Law Revue (1980)
- Lima Pinheiro, Luís de, *Direito Internacional Privado I*, Almedina, Coimbra (2001)
- Maria Lúcia Amaral, *A Forma da Republica*, Coimbra Editora, Coimbra (2005)
- Marques dos Santos, António, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra (1991)
- Marques dos Santos, António, *Direito Internacional Privado*, AAFDL, Lisboa (1987)
- Mayer, Pierre, *Droit International Prive*, 6 Édition, Montchrestien, Paris (1998)
- Medeiros, Rui, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Univ. Católica Editora, Lisboa (1999)
- Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, Coimbra Editora, Coimbra (2001)
- Moura Ramos, Rui, *Direito Internacional Privado e Constituição - Introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra Editora, Coimbra (1994)
- Neuhaus, Paul H., *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2.^a ed., Tubinga (1976)
- Wolff, Martin, *Private International Law*, reprint of the second edition of Oxford (1950), 1977