

FACULDADE DE LETRAS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
INSTITUTO DE ESTUDOS HISTÓRICOS DR. ANTÓNIO DE VASCONCELOS

---

# Revista Portuguesa de História

TOMO XIII

HOMENAGEM AO DOUTOR PAULO MERÊA

VOLUME II



COIMBRA / 1971

## Da questão prévia em Direito Internacional Privado

1. *Definição do problema.*— Se entre duas questões jurídicas pende um nexó de prejudicialidade e uma delas, ia principal, está sujeita a um direito estrangeiro, surge o problema de saber como «conectar» a questão prejudicial: se de harmonia com o sistema de conflitos do foro, se de acordo com o sistema de conflitos da *lex causae*. É este o problema da questão prévia em direito internacional privado, ao menos segundo a doutrina dominante<sup>1)</sup>.

Exemplos :

(a) — *A e B*, alemães, casam na Inglaterra em 1936, depois de aí terem constituído domicílio. Em 1939, adquirem ambos a nacionalidade britânica por naturalização. O marido morre em 1946, deixando bens móveis na Alemanha. O direito aplicável à sucessão é, nos dois países, o inglês. Os direitos sucessórios que o sistema jurídico inglês atribui à viúva pressupõem que o matrimónio de 1936 tenha sido válidamente celebrado. O DIP da *lex fori* (lei alemã) faz depender este problema do direito alemão, o qual considera válido o casamento. No entanto, segundo a norma de conflitos inglesa, o direito material aplicável à questão prévia é o inglês (*lex domicilii*), e perante este direito o casamento é nulo. Por que lei deverá decidir-se a questão prejudicial da validade do matrimónio ?

<sup>1)</sup> Contudo, como se verá na parte final do presente estudo, nada impede de conceber de modo diverso o referido problema e de lhe atribuir um alcance mais vasto. Mais o primeiro objectivo deste nosso trabalho é analisar o tema da questão prévia em DIP à luz da perspectiva perfilhada pela doutrina dominante.

(b) — A controvérsia incide sobre a validade de uma adopção que, segundo o direito de conflitos do foro, está sujeita ao direito inglês. Para o direito inglês (*lex causae*), como também para a *Jex iori*, só pode adoptar quem não tenha filhos legítimos à data da adopção. É *X* filho legítimo do adoptante? Por que lei resolver a questão prévia da filiação legítima de *X*? Pela lei designada pelo direito de conflitos inglês, ou pelo sistema jurídico indicado pela norma de conflitos da *lex iori*?

(c) — Na acção intentada pelo credor contra o fiador, este defende-se com a excepção de nulidade da obrigação principal. Segundo o direito de conflitos do foro, o estatuto da fiança é o direito francês e o da obrigação principal o inglês. Para este último direito, a obrigação é nula; para o direito aplicável segundo a norma de conflitos da lei francesa (*Jex causae*), a obrigação é válida. Nestas circunstâncias, torna-se evidente que a decisão da causa depende, também aqui, da regra de DIP que venha a julgar-se 'aplicável pelo que foca à questão prévia: a questão da validade da dívida afiançada.

(d) — Um operário grego casa civilmente na Alemanha com uma sua compatriota. O filho desse casal será legítimo? Poderá o conservador do registo civil alemão inscrevê-lo como tal? Para o saber, será preciso averiguar previamente se o casamento dos pais é válido. Em harmonia com o sistema de conflitos local, este problema resolve-se pelo próprio direito alemão e resolve-se 'evidentemente pela afirmativa. Mas a lei aplicável à questão principal, por força do art. 18.º da Lei de introdução «ao Código alemão, é a lei grega, e para ela — uma vez que a Grécia só reconhece o casamento religioso, sendo a disposição do Código Civil, que sanciona tal doutrina (a do art. 1367.º), aplicável mesmo aos casamentos celebrados no estrangeiro — a solução válida é a oposta, a da nulidade do matrimónio.

*Quid juris ?*

2. *Questão prévia e substituição.* — Assim equacionado, o problema da questão prévia é pura e simplesmente um problema de direito de conflitos ou de escolha de lei: trata-se de saber se devemos (aplicar à questão preliminar o DIP do foro ou o da *lex causae*. Encaradas as coisas desta perspectiva, o problema da questão prévia em DIP é o (da averiguação do sistema de conflitos aplicável à questão prévia.

Mas não é esta a impositação do problema que se nos oferece em Wengler <sup>(1a)</sup>. Com Wengler, o problema surge-nos definido muito mais 'latamente: icomio um problema de averiguação do conteúdo dos conceitos jurídicos (conceitos prejudiciais) que nos preceitos materiais estrangeiros aplicáveis a uma situação determinada recortam a respectiva hipótese normativa.

Tem sido, no entanto, observado que a questão assim entendida é uma questão sem verdadeira unidade, uma questão que se desdobra numa série de problemas heterogéneos. Abstraindo 'do caso miais simples, aquele em que o conceito prejudicial é um puro conceito de facto e em que, portanto, a averiguação dos pressupostos da consequência jurídica se esgota no plano da própria norma material que o emprega, fáclmente se constata que a interpretação dos aludidos conceitos prejudiciais (conceitos-quadro) — como o de cônjuge, o ide adoptado, o de filho legítimo ou ilegítimo — levanta diversos problemas, uns de índole ou nível material e outros de índole ou nível conflitual.

Desde logo, há que apurar se o conceito prejudicial em causa é um conceito aberto à recepção de conteúdos jurídicos estrangeiros — se ele é verdadeiramente um conceito-quadro ; questão esta a resolver, sem dúvida, por via de interpretação da própria norma que pretendemos aplicar. Esclarecido este ponto, há que proceder à determinação do direito material competente para, no caso concreto, fornecer o conteúdo decisivo, bem como à interpretação e aplicação desse direito. Mas aqui pode vir insinuar-se uma dúvida: poderá o conteúdo jurídico assim obtido subsumir-se ao conceito-quadro da norma em questão? Haverá equivalência entre esse conteúdo e aquele que incontestavelmente constitui o núcleo de tal conceito-quadro, e que é o designado de igual forma noutros preceitos do sistema a que pertence a norma interpretanda? O que para o direito material competente (competente quanto à questão prévia) constitui indubitável-mente «adopção», corresponderá porventura à hipótese que o legislador da *lex causae* teve em vista quando decidiu

(1a) Referimo-mos ao célebre trabalho do A., *Die Vorfrage im Kollisionsrecht*, publicado iem 1934 na *Zeitschrift i. ausi. u. IPR* (ZAIP).

Como veremos, WENGLER voltou últimamente ao tema, na *Rev. crit. de DIP*, 1966, n.º 2 (*Nouvelles réflexions sur tes «questions préalables»*); mas por agora não é senão do primeiro WENGLER que nos ocupamos.

atribuir ao filho adoptivo o direito de suceder a seus pais, por morte destes ?

Como é óbvio, nem todos estes problemas são exclusivos da questão prévia, isto é, são problemas que só no 'enquadramento de uma tal questão possam suscitar-se. Mas há efectivamente dois que são as denominadas questões prejudiciais originam. Simplesmente, estes dois problemas são de natureza heterogénea e não podem, por isso, unificar-se. Um deles põe-se ao nível do direito material: é o referido problema de equivalência de conteúdos, o problema de saber se determinado conteúdo jurídico-material, retirado de um ordenamento estranho ao da norma interpretanda, preenche os pressupostos da consequência jurídica prescrita por esta norma, ao invés de ser por ela repellido; problema que a doutrina posterior a 1.º Wengler autonomizou e que aplicamos de *problema de substituição* (2).

Mas outro tanto se não diga quanto ao segundo problema levantado pelas questões prejudiciais; esse, como já vimos, parece ser verdadeiramente um problema de nível conflitual ou de escolha de lei — o problema de saber qual o caminho a seguir para individualizar o sistema que fornecerá o conteúdo de determinado conceito-quadro (aquele conceito que na norma aplicável à questão principal recorta a previsão normativa) : se o caminho do direito de conflitos do foro, ou antes o rumo traçado pelo sistema de conflitos da *lex causae*. Este último (é que seria propriamente o problema da questão prévia.

Os dois referidos problemas podem apresentar-se coligados, como decorrentes da urgência em resolver uma questão '(prejudicial) suscitada pela aplicação de um preceito material estrangeiro a outra questão jurídica; mas 'essa conjugação não é forçosa. O problema a que chamámos, com Lewald, da substituição pode aparecer destacado

(2) LEWALD, *Règles générales des conflits de lois*, «Rec. des Cours» 69, pp. 130-136.

A distinção entre estes problemas e o seguinte é muito bem feita por RIGAUD, *La théorie des qualifications en DIP*, 1956, pag. 290, BAPTISTA MACHADO, *Problemas na aplicação do direito estrangeiro — adaptação e substituição*, «Boletim da Fiac. de Direito de Coimbra», vol. XXXVI, págs. 327-351, e F. AZEVEDO MOREIRA, *Da questão prévia em DIP*, Coimbra, 1964, págs. 32-52, e 131-151; deste importante e excelente trabalho foi recentemente publicada (1968), através do Instituto de Direito Comparado da 'Faculdade de Direito de Coimbra, uma 2.ª versão.

de semelhante condicionalismo, como problema de saber se determinado elemento da hipótese de uma regra material do direito do foro i(direito aplicável à questão dependente), que normalmente se destina a ser preenchido por certa relação de direito nacional, pode acaso ser constituído por uma relação análoga de direito estrangeiro : o direito definido como competente para a questão prévia.

Sirva de exemplo o caso Ponnoucannamalle c. Nadimoutoupoulle, que a Gassfação frandera decidiu em 1931 (3). O filho legítimo de um filho adoptivo dio *de cujus* retílaimiava a sua parte 'die heuldeiro legitimário relativamente a bens imóveis situados na Indochina francesa. Segundo o direito de conflitos francês, a sucessão nestes bens estava unicamente sujeita à própria lei francesa. Ora o *code civil* estabelece (art. 350.º) que o adoptado e seus descendentes terão sobre a herança do adoptante os mesmos direitos que teria um filho legítimo. Mas a adopção em causa seria válida? Era válida, decerto, perante a lei declarada aplicável pelo direito de conflitos francês: a lei hindu; apreciada, porém, a questão da perspectiva do próprio direito material da *lex fori*, a resposta seria outra, porque o adoptante tinha já filhos legítimos ao tempo da realização do negócio jurídico (*code civil*, art. 343.º). Nestas circunstâncias, está bem de ver que a questão de fundo não poderia decidir-se enquanto se não apurasse se aquela adopção que ali se apresentava — aquela adopção hindu ou de direito hindu — preenchia os pressupostos da consequência jurídica fixada pela citada disposição do art. 350.º. Portanto, um problema a resolver unicamente no quadro e no plano do direito material aplicável à questão principal: a 'da vocação sucessória do descendente legítimo do filho adoptivo do autor da herança (4). Nenhuma questão de direito conflitual se descortinava

(3) V. a propósito deste caso os estudos de BARTIN, *Adoption et transmission héréditaire*, in «Journal de Droit International», 1930, págs. 5-25, NIBOYET, in «Rev. de DIP», 1932, págs. 242 e segs., WENGLER, *op. cit.*, págs. 167 e segs., e MAURY, in «Rec. des Cours», t. 57.º, págs. 554-58. Os dois primeiros autores citados encararam ainda o problema que se punha nesse processo pélo ângulo da qualificação.

(4) Quando o *code civil* chama à herança os filhos adoptivos do *de cujus* e os descendentes deles, colocando-os na posição de filhos legítimos, tem porventura em vista qualquer adopção que o seja perante a lei concretamente designada pello sistema de conflitos francês? iNão terá ele tão-sòmente em vista uma adopção com uma conformação determinada, uma adopção que se não aparte subâncialmente do tipo admitido e descrito pelo próprio *code civil*?

ai, pois claramente se averiguara já estar ia relação condicionada sujeita à lei francesa — e depender a relação condicionante, segundo as normas de conflitos da *lex fori*, do direito hindu»

3. *Pressupostos do problema.* — Na sua configuração «dlássâca, o problema da questão prévia surge unicamente quando o estatuto da questão principal seja um direito estrangeiro; e é exactamente em correlação com isto que ele nos aparece geralmente vazado na forma 'de uma alternativa com doois termos: aplicação à questão incidental do direito de conflitos da *lex fori*, ou intervenção do direito de conflitos da *lex causae*. Se *lex fori* e *lex causae* coincidem, n'enhum problema especial de escolha de lei se levanta: não há senão aplicar à relação condicionante o sistema indicado pelo DIP local para esse tipo de questões ou relações jurídicas<sup>(5)</sup>. A doutrina dominante não admite qule nestas hipóteses se encare como possívdll o tornar por diferente caminho, só porque existe questão prévia e pelo que a esta cstritamente se respeita.

*Depender a questão principal de uma legislação estrangeira* constitui, assim, o primeiro pressuposto do nosso problema.

O segundo pressuposto é que a questão surgida a título incidental, quando considerada em si e por si, *seja conectada autonomamente* pelo legislador de conflitos do foro. Aliás, a questão prejudicial pode suscitar um problema de reenvio, mas nunca o nosso problema da questão prévia. Surgirá um problema de reenvio, se a lei designada para reger a questão principal se reputar competente só pelo que a esta respeita, remetendo a questão conexa para a esfera de outro sistema jurídico <sup>(5a)</sup>.

4. *Questão prévia e questão parcial.* — Questão prévia e questão parcial são figuras distintas. É sabido que o legislador de con-

Se considerarmos que um dos objecti vos visados pelo legislador, ao subordinar a admissibilidade da adopção à não existência de filhos legítimos, foi exactamente a tutela das expectativas sucessórias dos filhos ilegítimos já existentes, depressa nos sentiremos inclinados para resolver o problema no segundo sentido indicado.

<sup>(5)</sup> (Não será, iporém, nece ssiãri ámente assim para quem adira à nova posição de WENGLER: v. *infra*.)

<sup>(6a)</sup> O que significa que a questão conexa é tratada 'autónomamente pelo DIP da *lex causae*, emlbora o não seja pelo DIP do foro.

flitos nem sempre adopta uma conexão única para a totalidade dos elementos que integram ou dos planos em que se desdobra uma figura ou instituto jurídico: por vezes, estabelece conexões distintas para esses diferentes planos ou perfis, ou separa do todo um dos elementos constituintes a fim de o conectar autónomamente. Assim acontece, nos negócios jurídicos, com a forma externa e a capacidade das partes. Seguindo a natureza das coisas, a unidade negociada como unidade deveria corresponder a uma conexão única e a uma única lei — por uma só lei deveria aferir-se a validade do negócio jurídico. E contudo não é assim: aqueles dois elementos — forma e capacidade — são destacados do todo e submetidos a regras de conflitos especiais <sup>(6)</sup>.

O problema da questão parcial em DIP é, antes de tudo, um problema de política legislativa e consiste em saber, tendo em conta os fins do direito de conflitos e os principais interesses que emergem nos diferentes pontos do sistema, se convém ou não enveredar, e até onde, por essa via articuladora ou desarticuladora <sup>(6a)</sup>, e concretamente qual o método se revela aconselhável no caso de determinado elemento da hipótese ou do instituto que se considera. Mas o problema põe-se também nos momentos da interpretação e aplicação das normas de conflitos: efectivamente, para bem julgar de uma pretensão concreta emergente de dada situação jurídica — para dela correctamente julgar segundo a perspectiva do ordenamento local —, haverá que ter em atenção os diferentes aspectos ou perfis que na relação jurídica abstracta o legislador de conflitos do foro tenha porventura distinguido, pois só procedendo deste modo se tomará possível colocar cada um desses aspectos na órbita da legislação a que realmente pertença.

Podemos, pois, definir questão parcial como o elemento ou a parte de figura jurídica unitária a que todavia corresponda, ou *de jure constituendo* ou segundo a perspectiva do direito de conflitos a aplicar, uma conexão independente.

Toda a questão parcial, como questão conflituosamente autónoma que é, pode surgir quer como *Hauptfrage*, quer como *Vorfrage*. Se,

<sup>(6)</sup> Mas pode acontecer que a separação não seja completa: *vide* em direito português os arts. 36.º (forma da declaração negociada) e 65.\* (forma do testamento) do Cód. Civ.

<sup>(6a)</sup> ICír. a (propósito ÍSCHWIND, *Von der Zersplitterung des Privatrechts durch das IPR urtd ihrer Bekämpfung*, in ZAIP, 1958, pp. 449 e segs.

por exemplo, o cônjuge sobrevivente faz valer os seus direitos à sucessão do falecido e outros interessados levantam a excepção de que o casamento é nulo por vício de forma, a resolução deste ponto apresenta-se manifestamente (como 'coisa prévia em relação à matéria que directamente interessa e se controverte.

Mas é outrossim evidente que a chamada questão parcial não pode constituir-se como ponto ou questão prejudicial, relativamente àqueloutro problema ou núcleo de problemas de que justamente ela foi desligada. É que esses diversos problemas, como vimos, não são outra coisa além de aspectos parcelares de questão unitária — como seja a da constituição do negócio jurídico — e não pode seguramente 'estabelecer-se entre eles qualquer relação de prioridade. Ninguém poderá dizer que para julgar da substância ou validade intrínseca de um testamento seja preciso conhecer previamente da sua forma externa, ou vice-versa: não se dá visibilidade qualquer nexo de prejudicialidade entre essas questões. Se uma acção foi intentada tão-somente com vista ao esclarecimento da primeira e no decurso da lide entrou a certa altura a debater-se também a segunda, é evidente que o objecto do processo passou a ser constituído, a partir daí, por esses 'dois temas — e a sentença final terá de estatuir quanto a ambos. Ora se, para os fins concretos do processo em que se levantam, duas questões determinadas se situam exactamente no mesmo plano de relevância, sem que possa dizer-se que o conhecimento de uma importa apenas na medida em que implica ou condiciona a decisão da outra — se isto é assim, desaparece manifesta mente todo o fundamento para subordinar a primeira de tais questões à segunda, no quadro e para efeitos do direito internacional privado. É claro que o julgador não poderá deixar aí de focar as duas questões da mesma perspectiva — a perspectiva do direito de conflitos local.

De resto, qualquer tendência para agir doutro modo seria condenada *in limine* pela seguinte reflexão: As denominadas questões parciais são problemas essencialmente não autónomos, simples aspectos ou perfis (como temos vindo a dizer) de uma figura unitária, que o legislador entendeu dever isolar e que só cobram relevo precisamente nesse contexto: no quadro geral de problemas (7) atinentes-

(7) Continuamos a pensar nas questões da capacidade dos sujeitos e da forma externa do acto. Tenha-se, porém, em conta que no sistema português a forma não é, em princípio, independente da substância do negócio jurídico (veja-se a nota 6).

tes à validade do negócio jurídico. Ora, se tais pontos se ofereceram ao legislador justamente neste enquadramento, como supor que, ao decidir conectá-los autónomamente, ele os tenha pensado fora desta perspectiva? Como admitir que ele só quis a conexão especial que estabeleceu com vista à hipótese de as referidas questões surgirem destacadas do seu quadro próprio? Evidentemente, uma tal suposição é inadmissível; pelo que a adopção nestes casos do critério da lei estrangeira/ — isto é, da lei reguladora da validade intrínseca do negócio — não poderia deixar de violar, directa e frontalmente, o preceito da *lex fori*.

Se, ao invés, a questão parcial assume a natureza de verdadeira questão prévia, a sua resolução pelo direito de conflitos da *lex causae* nada tem *a priori* de inadmissível. Assim, por exemplo, a colocação do problema da forma do casamento na órbita do D IP do estatuto dos efeitos (ulteriores) do acto não ofenderá mais as normas de conflitos da *lex fori* do que idêntica solução que se preconize quando esteja em causa, não o problema (da forma, mas o da validade intrínseca. É que a questão da forma externa, mero aspecto parcelar do problema da validade do negócio, é já um problema autónomo se o confrontarmos com o dos respectivos efeitos jurídicos; e por isso se não pode afirmar que o legislador pensou forçosamente os dois problemas em correlação ou união substancial.

Com isto não pretendemos dizer, note-se, que seja boa e válida solução a de ligar sistematicamente as questões parciais, quando assumam (a natureza de questões prévias, a um 'direito de conflitos que não o da *lex fori* <sup>(8)</sup>); tão-somente queremos frisar que o problema da questão prévia não deixa de se pôr só pelo facto de se tratar de questão parcial.

5. *Conexão autónoma e conexão subordinada.* — Vimos atrás que o problema da questão prévia em DIP é susceptível de duas soluções. Uma consiste em decidir a questão de conformidade com a lei que lhe for aplicável segundo o sistema de conflitos do foro, tudo devenido passar-se, assim, como se o ponto não surgisse a título incidental, mas principal. É a doutrina da *conexão autónoma* <sup>(9)</sup>.

(8) Veremos 'adiante, n.º 13, V, qual a solução correcta do problema.

(9) iNestie sentido, (MAURY, *Règles générales des conflits de lois*, no «Rec. des COÛTS», vol. cit., págs. 560 e segs.; RAAPE, *Les rapports entre parents et*

A outra solução consiste em fazer apelo, pelo que respeita à questão prévia, às normas de conflitos do estatuto da questão principal. Deste modo, a relação jurídica objecto da questão prejudicial como que perde a sua autonomia em face da outra, ainda que tão-sòmente, é claro, para efeitos de direito de conflitos. Por isso daremos a esta orientação o nome de doutrina da *conexão subordinada* <sup>(10)</sup> (n). Seja uma questão *x*, que o direito de conflitos do foro submete à legislação *B*. Todavia, como lesta questão só incidentalmente se levanta num processo cujo fim é a resolução de outra controvérsia (*y*), para a qual é competente a ordem jurídica *C*, e como a ordem jurídica *C* declara aplicável a *x* a lei *D*, é de acordo com o direito material de *D* que *x* deverá resolver-se.

6. *Apreciação das doutrinas expostas.* — Sublinhe-se, antes de tudo, que o princípio da sujeição do juiz à lei — à sua própria lei, às normas de conflitos emanadas do legislador local — não constitui argu-

*entants*, «Rec. des Cours», 1934, IV, págs. 486 e segs.; CANSACCHI, *Le choix et Vadaptation de la règle étrangère dans te conflit de lois*, «Rec. des Cours», 1953, II, pp. 150 e segs.; e mais recentemente RIGAUX, *op. cit.*, pp. 450 e segs.; NIEDERER, *Einführung in die allgemeinen Lehren des IPR*, pág. 216-218; KEGEL, *IPR*, pp. 116 e segs., e VALLADAO, *DIP<sub>f</sub>* pp. 262 e segs. Parece jpro-pender para a mesma solução DE NOVA, *Introduction to Conilict oi Laws*, «Rec. des Cours», 1966, II, pp. 557 e segs.

<sup>(10)</sup> É na obra de MELCHIOR, *Die Grundlagen des deutschen IPR*, 1932, pp. 246 e segs., qu© se encontra o primeiro afloramento desta orientação. A ideia foi retomada pouco depois, e profundamente reelaborada, por WENGLER, no estudo já citado. Adoptaram-na em seguida, entltre outros, WOLFF, *IPR*, pp. 70-7ili, e *Private International Law*, pp. 206 e segs., ROBERTSON, *The preliminary question*, pp. 571 e segs., CORTES-ROSA, *Da questão incidental em DIP*, Lisboa, 1960, LAGARDE, *La règle de conflit applicable aux questions préa-lables*, n<sub>a</sub> «Rev. crit.», 1960, pp. 459 a 484, e F. AZEVEDO MOREIRA *Da questão prévia, cit., passim* e especialmente pp. 325 e segs. (pp. 215 e segs. da 2.<sup>a</sup> versão). V. tamlbém sobre este assunto a ampla exposição de AGUILAR NAVARRO, *Lecciones de DIP<sub>f</sub>* I, t. 2.º, pp. 36 e segs., e EHRENZWEIG, *PIL*, 1967, plágs. 169 e segs.

Nós também temos perfilhado no nosso ensino, pelo menos desde 1958, embora com certas restrições, a doutrina da conexão subordinada.

<sup>(11)</sup> Esta doutrina distingue-se da do reenvio na medida em que sustenta, para as questões levantadas a título incidental, a relevância de factores de conexão que nem são os da *lex fori*, nem os da lei chamada pela *lex fori* para dirimir questões desse tipo — quando tais questões se apresentam com autonomia e não em ligação com outras.

mento válido contra o sistema referido em último lugar. O argumento seria tão decisivo aqui, ou tão pouco, como em matéria de reenvio. Ninguém pensa em pregar a rebelião do juiz contra os textos da lei ou contra as valorações que lhe estão subjacentes. Do que se trata é tão-sòmente de conhecer o âmbito em que, segundo a norma de conflitos do foro rectamente entendida, se move a competência do sistema jurídico por ela designado para reger a questão principal. Do que se trata !é unicamente de apurar se a competência atribuída à lei estrangeira quanto à matéria controvertida não englobará também quaisquer pontos ou questões 'cuja (solução condicione a decisão da questão pleiteada.

Certo que as duas relações, a condicionada e a condicionante, foram consideradas em separado pelo legislador de conflitos do foro. Mas tudo está em saber se, ao estabelecer para a matéria agora inoidentalmente controvertida uma conexão autonomia, ao atribuir a essa matéria autonomia no plano do direito conflitual, o legislador a não terá unicamente valorado pelo que ela é em si mesma, pelo que ela é quando se apresenta isoladamente, e não em conjunção com outra cuja decisão implica ou condiciona. Por outras pala vrais : o legislador do foro, que incontestavelmente quis a conexão *m* para a questão *x* quando encarada esta autónomamente, porventura a teria querido também se se representasse esta mesma questão como simples *pressuposto* da decisão de uma outra, para a qual optou pela conexão *n*?

A tal pergunta é que importa responder ; e esta observação dá-nos a conhecer ao mesmo tempo a verdadeira natureza do problema que está posto: é ante um problema de interpretação e integração do sistema de conflitos do foro que nos encontramos colocados.

7. Deverá tal problema resolver-se no sentido da teoria da conexão não autónoma?)

Em favor desta teoria invoca-se, em primeiro lugar, a própria natureza do problema da questão prévia, como problema de averiguação do conteúdo de conceitos prejudiciais, nos termos já descritos. Se a norma *m* do ordenamento *B* põe como condição da respectiva consequência jurídica (por exemplo, a vocação sucessória do cônjuge supérsite) o facto *x* (a existência de um casamento válido), só a esse ordenamento cabe decidir se esta condição deve ter-se ou não por verificada *in concreto*.

Mas o bem-flindado do argumento depressa se põe em causa. Quando se diz ser à lei da questão principal que compete decidir da realização dos pressupostos da consequência jurídica que só ela pode desencadear, faz-se uma afirmação indubitavelmente exacta na medida em que essa decisão estiver apenas dependente de juízos jurídico-materiais; mas faz-se uma afirmação temerária quando nela se queiram abranger os próprios juízos de direito conflitual da referida lei. À *lex causae* pertence, sem dúvida, resolver as várias questões de nível material que se suscitarem na interpretação e aplicação das suas normas '(inclusive a da substituição), mas não está demonstrado por enquanto que o mesmo possa idizer-sle 'da questão prévia, exactameínte por ser uma questão de direito de conflitos.

Contra a solução afirmativa parece até militar, desde logo, a ideia de que a atribuição de competência a uma lei estrangeira vai limitada à esfera ou sector de regulamentação correspondente ao conceito-quadro da norma de conflitos da *lex fori* que para ela remeteu (Cód. civ., art. 15.º). Sendo as coisas assim, se no processo de aplicação da lei designada surge uma questão nova, situada fora destes limites, a solução que aparentemente se nos impõe é antes o regresso imediato ao direito de conflitos do foro. Bem certo que tal conclusão pode vir a revelar-se errónea; só que, para tanto, será mister que se descubra algures um fundamento seguro, alguma válida razão para operar essa ampliação anómala da competência da *lex causae*, que se preconiza.

8. *A harmonia internacional de julgados.* — Tal fundamento parece só poder residir no (princípio da harmonia jurídica internacional <sup>(12)</sup>).

Este princípio peide, como bem sabernos <sup>(12a)</sup>, que a mesma questão de direito seja decidida da mesesima forma em todos os países com competência jurisdicional para dela conhecer. Ora, se a decisão da controvérsia *sub iudice*, para a qual é competente ia legislação C, pressupõe a solução de uma questão conexa, só a aplicação à questão conexa das disposições da lei indicada pelo direito de conflitos

(12) É deste princípio que em última análise WENGLER faz derivar a solução do problema da questão prévia (*Die Vorfrage*, ipp. 196 e segs.).

(12a) Veja-se o nosso estudo *O problema do reenvio em DIP* ((separata do vol. XXXVIII do «Boletim da Fac. de Dir. de IGoimbra»); n.º 35, e as nossas *Lições de DTP*, versão de 1969, n.º 8, c).

da *lex causae* permitirá que a própria questão principal seja decidida tal como o seria por um tribunal de C.

Para julgar a questão y como o faria um juiz sujeito à ordem jurídica C, é mister resolver a questão incidental x segundo os princípios da legislação D (que é a indicada pela norma de conflitos de C) (13). Ou descendo a um caso concreto: para efectivamente se decidir a questão da vocação hereditária do cônjuge supérstite de conformidade com os princípios do estatuto sucessório (direito inglês), tem necessariamente de se resolver a questão prévia da validade do casamento segundo as disposições aplicáveis da lei designada pelo próprio DIP inglês (14).

9. *Princípio da harmonia interna.* — Sendo o valor da harmonia internacional 'de julgados irrecusável e incontroversa a 'aptidão da teoria da conexão isubordinada para o realizar, de nada mais necessitaríamos, parece, para considerar justificada, pelo menos *de jure condendo*, a referida teoria.

No entanto, é cedo ainda para que se possa dar esta conclusão por demonstrada e o debate por encerrado. Efectivamente, cumpre reconhecer que uma ilimitada preocupação de tutela do valor da harmonia internacional viria pôr perigosamente em causa outro valor não menos relevante: o da harmonia interna (material). A harmonia interna é mesmo um princípio de escalão superior ao da harmonia internacional; pelo que, na hipótese de um conflito entre ambos, haverá que dar 'precedência ao primeiro. Parece que deveria, pois, optar-se, na matéria que nos ocupa, pelo único sistema com idoneidade para fazer prevalecer este princípio, e é o da conexão autónoma. Mas tão-pouco esta conclusão pode ter-se por devidamente (averiguada desde já. Necessitamos de levar a nossa análise mais longe e mais fundo. Até que ponto é que a adopção 'do 'critério da conexão, isubordinada faz perigar o princípio da harmonia material? E qual é o significado preciso deste princípio?

Pelo princípio da harmonia interna ou da *unidade do ordenamento jurídico*, exprime-se a ideia da inadmissibilidade de contradições normativas no interior do sistema. A contradição normativa traduz-se no facto de «uma conduta *in abstracto* ou *in concreto*

(13) Cfr. *supra*, 5, *in fine*.

(14) Cfr. *supra*, 1, ex. (a).

aparecer ao mesmo tempo como prescrita e não prescrita, proibida e não proibida, ou até *como prescrita e proibida*» (15). Tal situação é certamente intolerável e a •contradição que a origina deve forçosamente ser eliminada. Um indivíduo não pode, a um tempo, ser obrigado a praticar certo facto, porque lhe cumpre obedecer às ordens de um superior hierárquico, e proibido de o praticar sob ameaça de punição. Do mesmo modo, é inconcebível que *A* seja tido como casado com *B* e simultaneamente declarado isento, perante *B*, de todo o dever de coabitação e fidelidade, bem como da obrigação de alimentos, etc. Se tal fenómeno se produzisse numa situação exclusivamente ligada ao ordenamento jurídico local, a causa estaria, por certo, numa contradição de preceitos materiais deste mesmo ordenamento, contradição que se faria mister remover (16). Se o facto se verificar em virtude de um desajustamento entre normas de legislações diferentes chamadas a regular a mesma situação da vida, a anomalia não requer seguramente remédio menos pronto nem menos eficaz. E como a via preventiva é sempre a mais aconselhável, deverão evitar-se o mais possível, em DIP, os procedimentos que sejam causa adequada para produzir tais resultados — e entre eles justamente o que consiste em conectar as questões prejudiciais segundo o direito de conflitos da *lex causae*, pois trata-se de um sistema por demais propício no que toca à formação de situações do tipo descrito. Casamentos válidos perante a ordem jurídica do foro, quando considerados autónomamente, seriam todavia negados nos seus efeitos essenciais, sempre que o estatuto dos efeitos, directamente ou através de um ordenamento delegado, os decretasse nulos. Aos descendentes de união matrimonial perfeitamente válida à face da *lex fori* teria de ser recusado o estatuto de filho legítimo, sempre que o casamento fosse nulo para a lei aplicável ao facto segundo o direito de conflitos da *M* reguladora da filiação (17). A violação de um direito, reconhecido pela legislação competente tem virtude da norma de conflitos do foro, mas recusado pelo sistema aplicável segundo a *lex loci delicti*, não daria origem a qualquer obrigação de indemnizar.

(15) ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. de BAPTISTA MACHADO, 2.ª ed., ip. 255.

(16) Por via de correcção do sistema jurídico.

(17) Abstraindo, é claro, dos princípios do casamento putativo, instituto que, aliás, esta lei pode desconhecer.

Há uma única forma de impedir tão desastrosas consequências: é guardar absoluta fidelidade, pelo que toca às questões prejudiciais, aos princípios do DIP da *lex fori*.

Aí temos o essencial da alegação dos adeptos da doutrina da conexão autónoma.

10. Sabemos agora que é entre os dois polos da harmonia internacional e da harmonia interna (material) que pende o *Hat* da decisão do nosso problema. Se a adopção da óptica do direito de conflitos estrangeiro em matéria de questão prévia implicasse na verdade, de modo sistemático, lesão do segundo desses princípios, nos termos descritos, não haveria senão renunciar a tal recurso, embora com dano da harmonia internacional. Mas, se bem pensamos, a necessidade de evitar toda a ofensa grave do princípio da harmonia interna não impede de aceitar o sistema da conexão subordinada: só impiede de o aceitar sem restrições substanciais.

É que nem todas as situações originadas por uma divergência essencial entre as duas leis possivelmente aplicáveis à relação conexa — a lei designada pela norma de conflitos do foro e a convocada pela norma de conflitos da *lex causae* — pertencem ao tipo focado no número anterior. Pense-se, *v. gr.*, nos dois primeiros exemplos do n.º 1. Não há contradição alguma entre a afirmação de que *A* e *B* foram casados e a negação ao supérstite de direitos sucessórios. A regulamentação da sucessão do falecido foi inteiramente remetida pelo legislador de conflitos do foro para uma lei estrangeira, e essa lei poderia inclusivamente não chamar nunca o cônjuge sobrevivente à herança do predefunto: pois a vocação sucessória não é um dos efeitos necessários do casamento, um elemento essencial do estado de cônjuge.

Nem se descortina tão-pouco a mais ligeira contradição entre o julgar-se hoje que tal adopção é válida, por *B* não ser filho legítimo do adoptante — e o decidir-se amanhã, em acção especialmente intentada para esclarecer esse ponto e em que, portanto, o tribunal terá de aplicar as suas próprias regras de conflitos, que *B* é realmente filho legítimo daquele mesmo indivíduo. Efectivamente, o juiz do primeiro processo não sentenciou quanto à filiação legítima de *B* — o caso julgado não abrange, a não ser em hipóteses bem raras, os pontos prejudiciais —, mas apenas quanto a ser o autor filho adoptivo do réu. Como pode haver oposição entre uma sentença

que declare: *A* é filho adoptivo de *C* — e uma sentença ulterior que reconheça *B* por filho legítimo do mesmo *C*?

Podemos, pois, concluir que a adopção da doutrina da conexão subordinada não 'ooniduz forçosamente a resultados inadmissíveis, sob o ponto de vista da harmonia material<sup>(18)</sup>. E como, por outra via, a superioridade deste critério, encarada a matéria pelo ângulo da harmonia internacional de julgados, é segura<sup>(18a)</sup>, a sua aceitação aparece-nos como inteiramente justificada. Não é, porém, menos certo que a atenção devida ao princípio da harmonia material, entendido nos termos expostos, exige se tomem medidas em ordem a prevenir a sua ofensa. Se o acerto do critério da conexão subordinada nos não suscita dúvidas, a sua aidopção sem limitações substanciais está igualmente fora de causa. Toda a (dificuldade consiste, assim, em traçar a directriz que nos permita definir essas restrições inecesisárias. Como proceder?

São possíveis aqui duas atitudes. A primeira 'consiste em precornizar a aplicação sistemática do direito de conflitos da *lex causae*,

<sup>(18)</sup> O alcance do argumento da harmonia material tem sido muito exagerado por certos autores, como L|EO RAAPE (vide '«Rec. deis Cours», 1934, IV, pp. 480 e segs.). Ao contrário do afirmado por este jurista, nada tem de intolerável, ou sequer de gravemente anómalo, a possibilidade de à mesma questão jurídica concreta (v. gr., a da validade de certo negócio) se responder, em processo® distinto®, de modo® distinto®. Verdadeiramente, essa eventualidade só resultaria precluída pela admissão da teoria do caso julgado implícito, e sabe-se que esta teoria não é aceitável (veja-se entre nós o C. P. C., art. 96.º, 2.º).

O que não pode tolerar-se é tão.sòmente que se decida hoje a questão a (por via da questão incidental *b*) em certo sentido, saben do-se que amanhã, quando a questão *b* surgir em juízo com autonomia, o julgamento a preferir sobre ela terá de contrariar frontalmente a solução dada àquela primeira questão. O que não pode seguramente admitir-se é, por exemplo, isto: que o fiador seja condenado hoje a efectuar o pagamento, porque se considera que a dívida afiançada é válida (e, de facto, é válida para a lei aplicável segundo a norma de conflitos do estatuto da fiança), quando não se ignora, antes positivamente se sabe que a acção de regresso, que ele intente amanhã contra o devedor, será fatalmente julgada improcedente, por isso que a obrigação garantida, focada desta vez segundo a perspectiva da lei competente para o DIP do foro, terá de ser considerada nula.

Tal contradição de julgados ou dissonância interna é que seria, com toda a certeza, inadmissível.

Note-se que o A. cit. alterou posteriormente a sua posição (na última ed., a 5.ª, do *IPR*, § 16).

<sup>(18a)</sup> *Supra*, n.º 8.

confiando-se a certos «operadores» ou «técnicas», de que o DIP dispõe (logo veremos quaiis), ia correção dos resultados intoleráveis a que, aliás, se seria conduzido. A segunda, em recomendar a delimitação 'prévia dos tipos de casos 'em que o 'critério da conexão subordinada não pode ser actuado e 'em que, por isso, o recurso à *lex fori* é de preceito. De resto, 'esta segunda atitude não exclui que nalguma hipótese de questão incidental, remetida inicialmente para a esfera do direito de conflitos estrangeiro, seja necessário utilizar a via da correção *a posteriori* característica da primeira.

11. O primeiro caminho foi ensaiado por Azevedo Moreira <sup>(19)</sup>, com o aplauso de Wmgler <sup>(20)</sup>.

Seguindo-se por esta via, não teríamos a demarcação *a priori* de um domínio de situações a subtrair à competência do direito de conflitos da *lex causae*, mas tão-só a correção *a posteriori*, «ao nível do caso», dos resultados a que a aplicação desse sistema tivesse conduzido. Tal actividade correctiva desenvolver-se-ia sob a égide doutros princípios gerais de DIP — o da ordem pública, o dos direitos adquiridos, o da adaptação — e do princípio do caso julgado.

Sem embargo do grande interesse e da inegável originalidade do referido tentame, cremos que a directriz não é de aplaudir se não se sujeitar a importante ressalvas <sup>(21)</sup>. Com 'efeito, ela revela-se, a um tempo, pouco recomendável sob o ponto de vista da certeza do direito e dificilmente conciliável com o sentido de certas normas de conflitos do sistema da *lex fori*. Por outra parte, ela não reflecte, na sua rigidez, a maior ou menor sensibilidade do sistema de conflitos do foro ao valor da harmonia internacional <sup>(22)</sup>, nem cura

<sup>(19)</sup> Na primeira versão do referido trabalho, cap. V.

<sup>(20)</sup> *Nouvelles rétiexions, cit.*, «Rev. erit.», 1966, p. 206, nota 2.

<sup>(21)</sup> O próprio IA. MOREIRA, na Última versão dia sua tese (p. 277), reconhece hiaVer «que distinguir, por forma bem nítida, por um lado as hipóteses em que se exclui de antemão a competência do direito de conflitos da *Haupt trage* (...) e por outro, os cas09 tem que a aplicação do 'direito de conflitos estrangeiro conduziu a tais resultados que provocaram a intervenção de outras questões gerais do DIP». Na 'segunda hipótese, estamos já fora do domínio da questão prévia : a questão iprévia já se encontra resolvida, «embora o resultado final venha ainda a sofrer um correctivo complementar pela interferência inesperada de outras questões (...) com os seus meios e critérios específicos de actuação» (p. 278).

<sup>(22)</sup> Esta nota é do próprio A. cit. e encontra-se na segunda versão do referido trabalho, pp. 278 e segs..

tão-pouco do facto de esta harmonia estar porventura provavelmente excluída, no caso concreto, pelo que respeita à questão principal (23).

12. Tendo em conta todas as faces do problema, a solução que supomos preferível é a que consiste na já referida delimitação *a priori* da área de 'competência exclusiva do DIP do foro. Mas é justamente no traçar dessa fronteira — a fronteira entre a competência do direito de conflitos local e a do sistema da *lex causae* — que se nos deparam as maiores dificuldades. Como dissemos já, a questão grave que se põe não é isaber se devemos ou não deixar-nos guiar aqui pela doutrina da conexão subordinada, mas sim a determinação do critério das suas imprescindíveis limitações.

Melchior i<sup>(24)</sup> quis resolver o problema através da própria definição de questão prévia: não se define deste modo a que tenha por objecto um elemento ou pressuposto conceitualmente necessário da questão 'principal. Se for este o caso, a aplicação da norma de conflitos da *lex fori* será forçosa : a norma de conflitos local, que dispõe acerca da lei reguladora do conteúdo de uma relação jurídica determinada, só se torna ela própria aplicável depois de se ter apurado a existência *in concreto* de uma relação desse tipo — a sua existência, já se vê, à face da lei para tanto declarada competente pelo DIP do foro. Assim, por exemplo, a questão da validade do casamento não é questão prévia relativamente à do divórcio ou à da obrigação de (alimentos entre os cônjuges, pois sem casamento não há lugar para direitos e deveres 'conjugais, como sem o vínculo matrimonial existente não poderá decretar-se >a sua dissolução.

Na falta de uma fronteira nítida entre a figura da «questão prévia» e a da «parte da questão principal», deveria recorrer-se, segundo Méchior, para resolução dos casos duvidosos, ao critério do valor prático dos resultados correspondentes a uma ou outra qualificação.

Daqui se vê que o autor citado nos não dá uma directiva segura para a distinção entre as figuras da *Vorfrage* e da *Teil der Hauptfrage*. Por outro lado, há casos de autêntica questão prévia, à luz

(23) Queremos aludir à hipótese de a lei *material* chamada a reger esta questão pelo DIP da *lex fori* ser uma lei que se reputa 'incompetente (cfr. o nosso cit. estudo sobre o reenvio, n.ºs 39 e iseg.). Eiste ponto, como o anterior, serão devidamente explicados mais adiante.

(24) *Die Grundlagen cit.*, § 173.

de todos os critérios possíveis, em que, no entanto, indiscutivelmente se impõe, como veremos, ou o caminho da conexão autónoma, ou, pelo irrenos, a correcção por alguma via do resultado a que a conexão subordinada tenha conduzido.

Mais se a directiva (proposta por Melehior se revela insatisfatória <sup>(25)</sup>, mais impreciso ainda é o critério apresentado por Wdlff <sup>(26)</sup>. Wollff limita-se a observar que em certos casos, de que aponta exemplos — como o indicado acima, n.º 1, (e)—, a harmonia internacional não seria possível senão à «custa de uma dissonância interna de grau intolerável. Em tais hipóteses, cumpre seguramente desistir da aplicação do direito de conflitos da *lex causae*. Mas não é possível a formulação de um critério geral, que não permita reconhecer os diversos casos em que a aceitação da competência exclusiva da lei do foro seja de rigor.

Mais recentemente, outros autores retomaram o caminho outrora experimentado por Melchior. Mas nem Louis-Lucas <sup>(27)</sup> — com a ideia de que, se uma de duas relações jurídicas dadas é fonte da outra <sup>(28)</sup>, estaremos inteiramente no campo dos direitos adquiridos, havendo que aplicar à situação-geradora a norma de conflitos do foro, ao passo que, se uma delas é mera condição da outra <sup>(29)</sup>, haverá que recorrer à norma de conflitos da *lex causae* — nem La garde <sup>(30)</sup> — (para quem a competência do direito de conflitos estrangeiro cessará sempre que a situação objecto da questão prévia se inserir na ordem jurídica local — lograram êxito nas suas tentativas <sup>(31)</sup>.

<sup>(25)</sup> O que não quer dizer, note-se, que a ideia do A. seja destituída de interesse; só afirmamos que o critério não balisa devidamente o campo reservado à competência exclusiva do DIP da *lex fori*.

<sup>(26)</sup> *PIL*, oap. XVI; *IPR*, § 16.

<sup>(27)</sup> Cfr. do A. *Qualification et répartition*, na «*Rev. crit.*», 1957, pp. 153-183.

<sup>(28)</sup> Como aconteceria com o casamento, relativamente à filiação legítima.

<sup>(29)</sup> Como, por ex., a adopção, relativamente ao direito do adoptado de suceder ao adoptante.

<sup>(30)</sup> *La règle de conflit applicable aux questions préalables*, in «*Rev. crit.*», 1960, pp. 459-484.

<sup>(31)</sup> Para uma crítica dos dois autores citados acima, cfr. AZEVEDO MOREIRA, op. cit., cap. IV.

Diga-se aqui, com referência à posição assumida pelo primeiro dos autores mencionados (LOUIS-LUCAS), que a ideia segundo a qual temos qualquer coisa

Quanto a nós, a solução do problema não deve procurar-se pela via da definição de um critério geral. As situações a encarar são tão diferentes umas das outras e os factores susceptíveis de influenciar a nossa decisão tão variados, que o enveredar por esse caminho nos conduziria provavelmente a um total insucesso. Nós vamos experimentar outro sistema: vamos tentar definir os grupos de casos em que, por uma ou outra razão <sup>(32)</sup>, o recurso ao direito de conflitos da *lex causae* deva considerar-se precludido. Para além disto, analisaremos ainda algumas hipóteses típicas, não compreendidas na zona de competência exclusiva da *lex fori*, em que todavia o resultado da aplicação do direito de conflitos estrangeiro careça de correcção ou ajustamento.

13. A) — *Hipóteses em que não é de admitir a resolução da «Vorfrage» pelo direito de conflitos da «Hauptfrage».*

I — A primeira hipótese a mencionar aqui é a de a questão conexa já ter sido anteriormente resolvida ie com força de caso julgado (material). Se assim é, nem surge propriamente um problema a resolver, porquanto o ponto prejudicial deixou de ser controvertível; já não existe questão prévia — não há senão acatar a sentença. E isto tanto na hipótese de se tratar de um caso julgado nacional, como na de estar em causa um julgado estrangeiro, desde que a respectiva decisão tenha sido recebida e incorporada na ordem jurídica interna através da competente sentença homologatória. Existe, todavia, a possibilidade, note-se, de certos direitos (como o de contrair segundo casamento, na hipótese de um divórcio), que à primeira vista se diria constituírem consequências forçosas da sentença, virem

de muito próximo da violação de um direito adquirido no facto de negarmos a um casamento, existente e válido perante a ordem jurídica do foro, os seus efeitos directos e mais essenciais— que essa ideia é sem duvida muito interessante e sugestiva. Como teremos ocasião de sublinhar mais adiante, recusar esses efeitos ao casamento seria, de facto, como esvaziar o «s ta tus» de cônjuge do seu conteúdo típico — e equivaleria, portanto, a negar o próprio casamento, que todavia a *lex iori* considera válidamente celebrado.

<sup>(32)</sup> Muito embora a mais forte razão a favor do sistema da conexão autónoma das questões prejudiciais resulte, como sabemos, no princípio da harmonia material, não está de antemão excluído que outras razões possam impor de per si a mesma solução em determinados casos. De resto, depressa iremos ver que é realmente assim: que a exclusão do direito de conflitos da *lex causae* nem sempre deriva do princípio da harmonia material.

a ser considerados como efeitos meramente laterais da decisão, podendo, pois, aceitar-se que a sua recusa, com base no estatuto a que pertençam, não violará o caso julgado. O problema do reconhecimento do divórcio surgirá então como questão prévia, a resolver possivelmente no âmbito do sistema jurídico chamado a regular a matéria idos impedimentos ao novo casamento (v. *infra*) (32a).

II — A lei chamada a reger a questão principal é aplicada apesar de não se considerar competente — o que pode acontecer, quer porque a norma de conflitos em causa seja «hostil» ao reenvio (32b), quer em virtude das limitações gerais a que a regra do reenvio se encontre sujeita no sistema *die D IP* do foro. Seja, por exemplo, a hipótese figurada no nosso trabalho *ide* 1963 sobre este tema (32c) : um brasileiro domiciliado em Lima faleceu em Lisboa, deixando uma fortuna em títulos depositados num banco de Caracas. Segundo o DIP português (32d), é a lei material brasileira que deveremos aplicar à sucessão deste indivíduo, apesar de não ser essa a solução correcta 'do problema para a *lex patriae* (32e). Ora suponhamos que a lei brasileira chama à herança o cônjuge do hereditando — e que um dos interessados levanta, como questão prévia, a da validade do casamento. Por que lei deverá resolver-se esta questão?

Se considerarmos a realização da harmonia jurídica internacional como sendo a meta para que tende o sistema da conexão subordinada, deveremos logicamente julgar aplicável aqui a lei apontada pelo direito de conflitos do foro. Na verdade, compreende-se muito bem que o direito de conflitos da *lex fori* abdique da sua compe-

(32a) Note-se que esta ressalva atenua fortemente o alcance da doutrina exposta no começo de '13, A), I.

(32b) V. o nosso referido estudo *O problema do reenvio*, n.º 40, e as nossas *Lições de DIP* (1969), n.º 176.

(32c) Número 31.

(32d) Cód. Oiv., arts. 62.º, 16.º e 17.º, 1.

(32e) lei aplicável segundo o OliP brasileiro seria a lei (material) peruana (*lex ultimi domicilii*). Como, porém, esta 'lei não se consideraria competente no caso figurado — o direito competente no Peru seria antes o venezuelano, por ser a Venezuela o país da situação dos bens da herança —, deixaria de se verificar aí uma das condições necessárias da admissão do reenvio *ad aliud jus*, que é a aceitação da própria competência por parte da (legislação designada pela regra de conflitos da lei que o (DIP local manda aplicar. Neste sentido, o art. 17.º, n.º 1, do nosso actual ICód. Giv..

tência a favor do direito de conflitos da *lex causae*, quando seja esse o único meio de evitar que a *intromissão* da questão incidental venha impedir a harmonia de decisões quanto à questão de fundo; mas, se essa harmonia já se encontra irremediavelmente comprometida no caso concreto, é manifesto que a referida atitude não teria utilidade nem justificação.

Podemos, pois, concluir que a aplicação do direito de conflitos estrangeiro tem como limite o caso iem que a possibilidade de obtenção de uma uniformidade de decisões quanto à questão principal esteja de antemão arredada.

III — Suponhamos agora (se a hipótese não é absurda) um sistema de direito insensível ao valor da harmonia jurídica internacional—\* um sistema que veja as suas próprias normas de conflitos como as únicas concretizações possíveis da «justiça privada internacional». Parece evidente que no quadro de um tal sistema não haverá lugar para a doutrina que preconiza a submissão das questões prejudiciais ao direito de conflitos da *lex causae*. É que o trocar a perspectiva 'da *lex fori* pela da *lex causae*, no que tange às aludidas questões, parece não se ajustar às características dominantes do referido (e hipotético) sistema.

Como o direito de conflitos português não está seguramente neste caso <sup>(32f)</sup>, é evidente que a presente ressalva é para nós sem interesse.

IV — Outra hipótese: admitamos que, por força dos princípios do direito processual do foro, a decisão da questão controvertida envolverá a própria questão prejudicial — que o caso julgado se constituirá mesmo relativamente a esta questão.

Em tais circunstâncias, terá de convir-se em que a questão prévia como que perde esse carácter. O vínculo de subordinação que a ligava ao outro problema deixa de relevar, tudo se passando como se se tratasse de autêntica questão de fundo. E sendo isto assim, se é certo que os litigantes irão ver a questão prévia resolvida em termos definitivos, não será justo que a vejam apreciada em si ou

<sup>(32f)</sup> Cfr. Cód. Civ., «arts. 17.º, 18.º, 31.\*, 2, e 47.º. V. o noss-o (trabalho *La question du renvoi dans le nouveau code civil portugais* (separata do «Bol. da Fac. de (Diir. de Coimbra), XLIII, 1967, e do volume de 'estudos em honra de CH. N. FRAGISTAS).

por si mesma, e não em função daquela relação jurídica que de início constituía todo o objecto da lide?

Saber quando a hipótese figurada se verifica — saber, isto é, se se verifica mesmo para além do marco fixado pelo art. 96.<sup>a</sup>, 2, do C. P. C. — é problema a resolver, não decerto nesta sede, mas na da teoria dos limites objectivos do caso julgado.

V — Palta recortar o tipo de casos mais importante — o mais difícil de definir.

No critério elaborado por Melchior ie referido acima, há incontestavelmente uma parte de verdade.

Toda a norma de conflitos, que indica a lei aplicável ao conteúdo imediato de uma relação jurídica ou de um *status*, pressupõe essa relação ou esse *status* como existente, à face da lei a que outra regra do sistema defira esse aspecto do problema: a regra que justamente versa, ali, sobre o momento da constituição do mesmo estado ou relação jurídica. É o que se passa com a norma de «conflitos respeitante às relações dos cônjuges (Cód. civ., art. 52.º) e com a atinente às relações da filiação ou da adopção (artigos 57.º, 59.º, 2, 60.º, 2). Certo, nós não podemos convocar o estatuto dos efeitos para que nos indique o modo de resolver a questão prévia da validade do casamento, ou a da validade da adopção, ou a da válida constituição da filiação legítima ou ilegítima. Se o fizéssemos, corríamos o risco de chegar ao resultado absurdo de ter de considerar o estado — o de cônjuge, o de filho legítimo, etc. — como um molde perfeitamente vazio; o que seria praticamente o mesmo, a todas as luzes, que negar a existência do próprio estado, que no entanto a ordem jurídica do foro reputa validamente constituído. É claro que estas considerações tanto se aplicam à hipótese de estar em causa, como questão prévia, a validade intrínseca do acto constitutivo da relação jurídica, como à de se tratar do problema da sua validade formal; e assim se vê que o facto de o objecto da questão prévia ser constituído por uma das chamadas questões parciais não imprime ao nosso tema qualquer característica específica<sup>(33)</sup>.

<sup>(33)</sup> Fica deste modo resolvido o problema que deixáramos em aberto ao abordar a matéria da questão ipaircial (*supra*, n.º 4, *in fine*).

Como já tivemos o ensejo de frisar aqui, o problema da questão prévia põe-se ao nível da interpretação da lei: interpretação da norma de conflitos da *lex fori* quanto aos termos da remissão operada, pelo que respeita à questão principal, para o direito estrangeiro. Abrange a remissão as próprias questões que venham a suscitar-se incidentalmente? Ora há normas, como acabámos de ver, que não operam a remissão nesses termos latos — que não incluem nela determinados pontos ou questões prejudiciais. Sempre que se possa dizer que a resolução em certo sentido da questão prévia constitui um *pressuposto* da actuação da norma de conflitos relativa à questão principal, a competência do direito internacional privado estrangeiro deve considerar-se excluída<sup>(54)</sup>.

Isto significa, se não erramos, que a questão prejudicial só poderá ser submetida ao direito de conflitos da *lex causae*, se versar sobre relação jurídica *distinta* da que se controverte, ou se a questão principal incidir sobre um efeito *ulterior* da relação jurídica cuja existência ou validade é o objecto da questão prévia.

É por isso que nada impede, como vimos (*supra*, n.º 10), que para efeitos sucessórios a questão prévia da validade do casamento<sup>(a5)</sup> seja «conectada» de acordo com o DIP da *lex causae* (3G), ou que, para saber se uma adopção é válida, se resolva um problema de filiação legítima de harmonia com o sistema de conflitos da lei reguladora da própria adopção. Nada obsta também, como veremos, e salvo o essencial limite que adiante poremos em relevo, a que se defira ao estatuto da filiação legítima a decisão do problema da

(34) Note-se que nestes casos é que a questão incidental é verdadeiramente prévia: iprévia, porque iprecede a resolução da questão de fundo; prévia, ainda, porque antecede 'lógicamente' a própria actuação da norma de conflitos a essa mesma questão respeitante.

(a5) Bem assim como a da validade da adopção, ou a da existência jurídica da filiação, etc.

(3G) Talvez que o mesmo possa dizer-se quando o fundo da causa seja a questão do divórcio. Efectivamente, o direito ao divórcio só se constitui com a verificação do facto que a lei considera fundamento de dissolução do vínculo matrimonial. Por outro lado, a dissolução de um casamento nulo nada tem de inconcebível: há casos, embora excepcional, em que a declaração de nulidade ou a anulação de um negócio jurídico opera tão-isòmente *ex nunc*; ora a dissolução 'é algo de muito semelhante a isso: a uma nulidade de eficácia limitada ao 'futuro. Voltaremos a este assunto mais adiante.

existência de um casamento válido entre os pais do pretense filho legítimo (37).

Mas outro tanto se não diga se a questão de fundo versar sobre matéria de relações conjugais (obrigação alimentar, dever de coabitação) e a questão prévia incidir sobre a validade do casamento: aqui, impõe-se resolver este problema segundo a perspectiva do direito de conflitos do foro (38). Noutro sentido poderia alegar-se que a intervenção a *posteriori* da cláusula geral da ordem pública asseguraria por si, em termos satisfatórios, a correcção dos resultados inaceitáveis a que a aplicação do DIP da *lex causae* tivesse porventura conduzido. A ordem pública, la través dos seus meios de actuação específicos, impediria que a um casamento existente e válido perante o sistema jurídico do foro deixassem de ser atribuídos os efeitos essenciais do matrimónio. Quanto aos outros efeitos, o seu não reconhecimento nada teria de intolerável, exactamente por não serem essenciais.

Mas esta orientação não nos parece de aplaudir. É certo que a intervenção da ordem pública eliminaria as consequências mais chocantes do estado de coisas criado pelo recurso à *lex causae*, mas não obstará a que se originasse entre os cônjuges uma situação de profunda ambiguidade. Tal ambiguidade só cessaria se um deles tomasse a iniciativa de fazer declarar judicialmente — em acção expressamente intentada para esse fim e que, por consequência, haveria que julgar de conformidade com os critérios da *lex fori* — a plena validade do matrimónio; iniciativa que, aliás, se malograria, por extemporânea, se entretanto o outro cônjuge, apelando para o «estatuto dos efeitos», já tivesse pedido o reconhecimento da inabilidade do seu casamento para produzir quaisquer efeitos jurídicos, à excepção naturalmente dos efeitos mínimos postulados pelos princípios de ordem pública internacional do Estado do foro.

(37) Nos dois últimos exemplos, as questões prévia e principal versam sobre relações jurídicas distintas.

(38) Quer o casamento exista, quer seja inexistente perante a *lex fori*: em ambos os casos se deverá evitar a resolução da questão prévia segundo o DIP do estatuto das relações conjugais. É que o juízo conforme o qual *A* e *B* estão mutuamente sujeitos aos deveres jurídicos pessoais característicos do estado de cônjuge e podem, portanto, invocar, um perante o outro, os correspondentes direitos, é totalmente inconciliável com aquele segundo o qual entre tais indivíduos não existe casamento algum.

De resto, o problema não contende só com os interesses dos cônjuges, mas também com os de terceiros e com os interesses gerais do comércio jurídico. Basta pensar em temas como o dos poderes de administração e disposição pelo marido dos bens do casal, o da responsabilidade dos cônjuges pelas dívidas contraídas por um deles, etc. A situação de ambiguidade referida mais acima poderia ser causa aqui das maiores perturbações. Encaradas as coisas de uma perspectiva ampla, que inclua os interesses dos cônjuges, de terceiros e do comércio jurídico, não há dúvida de que a solução mais conveniente, por ser a que se ajusta às expectativas de todos, é a que consiste em atribuir ao casamento — se ele for válido, já se vê, em face da ordem jurídica do foro — todos os efeitos que dele imediatamente deícorrem, segundo as normas da legislação chamada pelo DIP local a determinar e a regular esses efeitos’.

14. B) —Para além do quadro definido nos números anteriores, as questões prejudiciais devem resolver-se de conformidade com a lei designada pelo direito de conflitos do estatuto da questão principal, pois tal solução não envolverá risco apreciável para o princípio da harmonia jurídica interna. E se algumas das consequências decorrentes da aplicação do critério conflitual da */ex causae* se revelarem inaceitáveis, a sua eliminação *in concreto* não será empresa impossível: o direito de conflitos dispõe dos instrumentos necessários para a correcção dos resultados «inadmissíveis», ou simplesmente «indevidos», a que o jogo dos seus princípios normais possa eventualmente conduzir. Queremos referir-nos à cláusula geral da ordem pública e ao «operador» da aldiapfcação. São técnicas, aquela ie esta, que actuam a *posteriori*, isto é, que pressupõem a prévia decisão do caso segundo os princípios da lei ou das várias leis chamadas a essa decisão; seu único fim é eliminar ou corrigir o que na solução possa haver de *intolerável*, de *inexequível* ou de *contraditório*.

Ora precisamente o resultado da aplicação do direito de conflitos da */ex causae* à questão incidental pode ser de tal ordem que careça de correcção ou ajustamento.

I — Suponhamos o casamento de um grego com uma portuguesa, celebrado em Portugal na forma civil. Põe-se o problema de saber se um descendente dessa união deverá ser reconhecido no nosso país

como filho legítimo. E a questão põe-se porque, segundo a norma de conflitos do artigo 56/, n.º 1, do Código Civil, o estatuto da filiação é, no caso, o direito grego<sup>(39)</sup>, sendo que para tal sistema o casamento é inexistente por falta de celebração religiosa. Vista a questão à luz da ordem jurídica grega, aquele indivíduo não será, portanto, filho legítimo<sup>(40)</sup>.

Todavia, esta conclusão é para nós inadmissível. Sendo o casamento daqueles dois indivíduos plenamente válido perante a ordem jurídica portuguesa<sup>(41)</sup>, a recusa ao interessado dos direitos que decorrem da filiação legítima representaria aos nossos olhos um resultado positivamente intolerável. Não pode aceitar-se que os descendentes de uma tal união, que é para nós um casamento perfeito e válido, não possam usufruir do estatuto pleno de filho legítimo; a recusa desse estatuto constituiria algo de insuportável — uma solução repudiada pelos princípios de ordem pública internacional do Estado português. Nem tais princípios se bastariam, julgamos nós, com a simples concessão ao filho de certos direitos reputados essenciais, como *v. gr.* o de alimentos. O que eles reclamam é verdadeiramente a atribuição ao interessado do estatuto de filho legítimo. A nossa ordem jurídica não consente que a um indivíduo gerado em matrimónio — um matrimónio celebrado em Portugal, com inteiro acatamento das disposições legais portuguesas relativas à forma do acto, e do qual um dos sujeitos, para *madis*, tem a nacionalidade portuguesa<sup>(12)</sup> — possa recusar-se o estado de filho legítimo.

É claro que pode não ser necessário, para evitar tão chocante

<sup>(30)</sup> Segundo <a referida norma, a lei aqui aplicável é a da nacionalidade comum da mãe e do marido desta — ou, não a havendo, a lei da residência habitual comum — ao tempo do nascimento do filho. Admitamos que é a mesma a solução que decorre do D IP grego.

<sup>(40)</sup> Sem embargo de se acharem inteiramente preenchidos, no caso concreto, os pressupostos da constituição da filiação legítima exigidos por aquele sistema — à excepção, naturalmente, da existência jurídica do casamento dos pais.

<sup>(41)</sup> É claro que importa somar a esta circunstância o referido na nota anterior: não fora assim, e a conclusão achada seria perfeitamente normal.

<sup>(42)</sup> Note-sie que se forem outras as circunstanciais do casq — isto é, se a relação não estiver tão estreitamente coligada à ordem jurídica do foro como na hipótese figurada acima — admitimos que ipoderá eventualmente ser bastante, vista a questão à luz da ordem pública, o reconhecimento dalguns dos efeitos decorrentes da filiação: os essenciais. Cfr. AZEVEDO MOREIRA, *ob. cit.*, 2.<sup>11</sup> versão, pág. 310.

conclusão, responder afirmativamente à questão prévia da validade do casamento. Pode efectivamente acontecer que a lei chamada a reger a filiação, sem embargo de considerar nulo o matrimónio, conceda ao filho a qualidade de filho legítimo, a título, por exemplo, de filho de um casamento putativo. Em tal hipótese, não há problema : não existe fundamento algum para fazer intervir aí a cláusula de ordem pública. Mas já é duvidoso que possa dizer-se outro tanto no caso <sup>(43)</sup> de a referida lei estrangeira conceder uma posição equiparável à de filho legítimo ao filho natural que seja voluntariamente reconhecido pelos pais, ou que consiga fazer em juízo a prova da filiação. Na verdade, é possível que os pais se não disponham a reconhecer espontaneamente o filho — e este pode acaso não estar em condições de produzir, ou de facilmente produzir, aquela prova <sup>(44)</sup>.

Parece-nos, pois, que na hipótese figurada nesta alínea as possibilidades oferecidas pela cláusula de ordem pública bastam amplamente para salvaguarda da harmonia material. A defesa da harmonia material não requer aqui que se renuncie uma vez mais — com dano da harmonia internacional — ao critério da conexão subordinada. Senão, experimentemos pensar na hipótese (inversa daquela de que nos temos vindo a ocupar: o casamento é nulo, por vício de fundo ou de forma, segundo a lei designada pelo D IP do foro, válido para a lei competente por força do direito de conflitos do estatuto da filiação. Por conseguinte, se aplicarmos à questão prévia o critério da conexão subordinada, o interessado deverá ser havido como filho legítimo. Será este resultado porventura inadmissível? Com certeza que não <sup>(44a)</sup>. Nada tem de particularmente chocante a atribuição do estado de filho legítimo a um indivíduo gerado em relações extramatrimoniais — e o direito comparado dá-nos vários exemplos disso. Na Alemanha, antes do Código Civil — como resulta, aliás,

<sup>(43)</sup> Apresentado por WENGLER, *Nouvelles réflexions, cit.*, na «Rev. crit.», 1966, pp. 202-203.

<sup>(44)</sup> Quando, porém, se aceite a doutrina referida no texto e que taxamos de duvidosa, a questão a colocar é a de saber se pode admitir-se, do ponto de vista do ordenamento do foro, que a um filho legítimo se denegue, no quadro de circunstâncias ocorrentes, aquele direito que o interessado se arroga e que justamente lhe é recusado pelo sistema jurídico aplicável segundo o DTP da *lex causae* — ou que lhe é reconhecido, sim, todavia em medida assaz diferente da que o sistema local estabelece. Cfr. IA. MOREIRA, *ob. cit.*, pág. 309.

<sup>(44a)</sup> No sentido da solução que preconizamos, entre outros, FRANKENSTEIN, *IPR*, IV, págs. 235 e segs., WOLFF, *IPR*, ipág. 213, e A. MOREIRA, págs. 311 e segs..

do disposto no art. 208.º da respectiva Lei de introdução —, o estado de filho legítimo podia resultar de «razões especiais», nomeadamente do facto de o filho ter sido concebido no período do noivado. Wengler refere também <sup>(45)</sup> que em certos casos a legislação alemã do pós-guerra concedeu a qualidade de filhos legítimos aos indivíduos nascidos de uniões livres entre perseguidos políticos, durante o regime nazi, ou nascidos de noivados com combatentes. Na Suécia, como na Finlândia, os filhos de noivos são equiparados aos filhos legítimos <sup>(46)</sup>. E não são havidos, entre nós, como filhos legítimos os filhos de casamentos civis anulados e de casamentos católicos declarados nulos (Cód. Civ., art. 1802.º)?

Ora, se a filiação legítima não pressupõe um matrimónio válido — se, em rigor, não pressupõe sequer a existência de um matrimónio, válido ou nulo —, nenhuma contradição se divisa entre o facto de se considerar certo indivíduo como filho legítimo de *A* e *B* e o de simultaneamente se ter de admitir que entre *A* e *B* não existe casamento algum: este duplo julgamento não reflecte por força a existência de uma antinomia normativa.

Por isso dizemos que, no tipo de casos versados neste número, nada obsta à aplicação à questão prévia do direito de conflitos da *lex causae*. Os resultados intoleráveis a que essa aplicação porventura conduza serão corrigidos, nos termos já descritos, pelo funcionamento da excepção de ordem pública.

II — Outras vezes, estará na *adaptação* a via normal de correcção desfechos resultados.

Consideremos de novo um dos casos figurados no início desta exposição. A obrigação afiançada é válida para a lei de que depende segundo o direito de conflitos do estatuto da fiança, nula à face da lei competente para o DIP do foro. Se o juiz seguir aqui o critério da conexão subordinada, a condenação do fiador no pedido (o pagamento da dívida) será inevitável. Todavia, a decisão logo nos aparecerá como manifestamente injusta, se considerarmos que qualquer tribunal do mesmo Estado não poderá deixar de recusar amanhã ao fiador desembolsado o direito de regresso contra o devedor. São duas decisões, essas, que 'positivamente não jogam

<sup>(45)</sup> *Le DIP de la famille en France et en Allemagne*, p. 271.

<sup>(46)</sup> Cfr, KEGEL, *IPR*, 2.ª ed., p. 327,

certo: a condenação do fiador ao pagamento da dívida e a recusa ao mesmo fiador de toda a possibilidade de agir em via de regresso contra o obrigado. Na verdade, em todos os países a norma que responsabiliza o fiador perante o credor tem como natural contra-partida aquela que, uma vez o credor satisfeito, sub-roga o fiador nos direitos deste, permitindo-lhe desta sorte fazer-se reembolsar pelo devedor. Entre estas duas normas existe uma conexão essencial, não se concebendo a primeira sem a segunda <sup>(47)</sup>. Nas relações puramente internas, a articulação das duas regras não levanta problemas, porque se está no âmbito de uma única legislação. Mas se a situação *sub judice* é uma situação da vida internacional, pode acontecer que para regular os dois temas da responsabilidade do fiador e do direito de regresso sejam chamadas normas de legislações diferentes — e que entre essas normas não exista a necessária correlação, por forma tal que o pressuposto que lhes é comum (a validade da obrigação principal) só possa considerar-se realizado perante uma delas.

Em tais circunstâncias, torna-se essencial uma medida de adaptação (ajustamento). Ora, devenido entender-se que a aplicação da primeira dessas regras, conforme o sentido que tem no próprio contexto legislativo a que pertence, exige absolutamente a possibilidade de funcionamento da segunda — logo, uma vez que esta condição não se verifica *in concreto*, tem de concluir-se que tal aplicação não pode ter lugar. Dir-se-á que a norma do estatuto da fiança, de onde promanaria, no caso sujeito, a responsabilidade do fiador, foi pensada e querida para um condicionalismo diverso do existente—e que a sua actuação nas presentes circunstâncias teria sido expressamente afastada, por iníqua, pelo próprio legislador que a estabeleceu: daí a sua inaplicabilidade.

Em termos análogos cabe discorrer perante a hipótese de, numa acção de divórcio, surgir a questão prévia da existência e validade do casamento, questão a que a lei designada pelo DIP da *lex causae* responde pela negativa e a lei indicada pelo DIP da *lex iori* pela

<sup>(47)</sup> Tanto assim que a fiança não é válida se o não for a obrigação principal; isalvo se o motivo da invalidade consistir na incapacidade do devedor, ou na falta ou vício da sua vontade, e o fiador conhecia a causa da anulabilidade ao tempo em que a fiança foi prestada (Cód. civ., art. 632.º), porque aqui deve entender-se que o fiador quis garantir o cumprimento da obrigação, apesar da invalidade ocorrente.

afirmativa. Suponhamos que, segundo todias as leis interessadas, há fundamento para o divórcio. A aplicação do direito de conflitos da *lex causae* pelo que toca à questão prévia levar-nos-ia ao resultado seguinte: improcedência hoje da acção de divórcio, a pretexto de que o meio próprio para realizar o intento prático das partes (ou o do autor) é a acção de nulidade; improcedência amanhã da acção de nulidade, com o fundamento de que, sendo o casamento indiscutivelmente válido, é a acção de divórcio a que ao caso convém. Quer dizer: há fundamento nos dois sistemas jurídicos interessados — a lei aplicável ao divórcio e a lei reguladora da celebração do casamento — para fazer cessar a relação matrimonial; todavia, como os fundamentos não coincidem, o matrimónio teria de subsistir!

A solução do problema deve procurar-se, uma vez mais, pela via da adaptação. Se no caso vertente o estatuto do divórcio nega o efeito pretendido, é porque pressupõe que a acção de nulidade, se vier a ser proposta, será julgada procedente: é porque considera que existe outro meio de realizar o interesse do autor em se libertar do vínculo matrimonial. A verdade, porém, é que, dadas as circunstâncias, o interessado não poderá lançar mão dessoutro meio jurídico. Nestes termos, dir-se-á que a solução que se obtém a partir da própria lei aplicável ao divórcio é a procedência da acção intentada : não se verificando o pressuposto admitido pella referida lei (a viabilidade da acção de nulidade), cessa «a única razão pela qual o divórcio deveria ser recusado no caso concreto.

III — Finalmente, a correcção dos resultados injustos decorrentes da aplicação da norma de conflitos da *lex causae* pode obter-se algumas vezes através da intervenção do princípio dos *direitos adquiridos*.

Suponhamos que o fundo da causa consiste numa pretensão de indemnização civil e que se levanta no processo a questão prévia da existência do direito supostamente violado. Suponhamos ainda que esse direito, existente em face «da ordem jurídica do foro, não existe perante a ordem jurídica do país onde ocorreu o facto (48) (4i).

(45) Efectivamente, é à lei do país onde tenha decorrido a principal actividade causadora do prejuízo que cabe reger a responsabilidade civil extracontratual (Código civil, art. 45.º, 1).

(49) Na hipótese inversa, a solução decorrente da adopção do critério da conexão subordinada não precisa de ser corrigida, já que o reconhecimento

Vamos nós recusar ipor este motivo 'a indemnização pedida, quando é 'certo que todos os restantes pressupostos da obrigação de indemnizar exigidos por essa lei se encontram preenchidos? Não equivaleria isso, porventura, a negar ao direito 'em questão a tutela jurídica num dos seus mais relevantes aspectos — o dever a todos imposto de o não violar? Ora, se o direito existe ante a ordem jurídica local <sup>(50)</sup>, tolda a decisão que se traduza, como quer que seja, no seu efectivo não reconhecimento é algo de dificilmente admissível <sup>(51)</sup>.

15- *Novas ideias sobre a questão prévia.*— No estudo precedente, aceitou-se da questão prévia o conceito geralmente perfilhado. Partindo da análise da massa dos juízos que se foram sucediendo sobre o tema durante largo período — o período ide cerca de trinta anos que dois trabalhos de importância capital, ambos de W. Wengler, claramente balisam — tentámos delinear ali os contornos dessa figura, (definir as ideias 'cuja dialéctica tem condicionado 'em tal matéria as opções de base, e em seguida, tomando sempre por boa e válida a perspectiva da (doutrina dominante, determinar o extremo limite até 'ao qual a rota derivada de uma dessas opções <sup>(r2)</sup> é utilizável.

É dizer que esteve constantemente subjacente a lesse estudo a concepção segundo a qual o problema ída questão prévia em D IP é o de saber qual de duas normas de conflitos — as que no sistema

da obrigação de indemnizar, resultante dio acatamento da norma material da *lex toei delicti*, não dependie de se verificoaiem cumulativamente, no oaso concreto, os pressupostos que a lei do foro exige -e que, se foisse ela a competente, teriam ide mostrar-se preenchidos. Se, poilém, a questão preliminar recair, não sobre a existência *in abstracto* do direito violado ou o seu conteúdo, mas sobre a sua existência na titularidade de determinado sujeito, ela não poderá deixar de resolver-se, é evidente, de acordo com o sistema jurídico designado pelo SDIP do foro. Em sentido idêntico, WENGLER, *La respansabilità per fatto illecito nel DIP*, in «Annuario di Dir. Int.», 1966, p. 57.

<sup>(50)</sup> (Isto é: ante o direito material do foro, ou ante o sistema jurídico estrangeiro aplicável ao caso segundo o DIP da *lex iori*).

<sup>(51)</sup> Entre a decisão que hoje se tomasse de não conceder a indemnização pedida, a pretexto de inexistência do direito invocado, e o reconhecimento expresso do mesmo direito numa acção com este preciso Objecto que amanhã o titular resolvesse propor, a contradição iseria evidente.

C<sup>62</sup>) Aquela que ao autor -se -antolha preferível.

do foro e no sistema competente pelo que toca à questão principal contemplam em termos genéricos o tipo de questões jurídicas a que pertence a questão prévia — qual delas há-de julgar-se aplicável a esta última. Ora esta impositão do problema implica forçosamente que ele tenha como pressuposto o ser a relação pleiteada remetida para a órbita de um direito estrangeiro. Se, ao invés, esta relação jurídica for do âmbito da *lex iori*, todo o problema que poderá suscitar-se é 'aquele problema de equivalência de conteúdos que definimos acima como pertencente ao plano do 'direito material e que tem sido chamado problema de substituição; mas o problema da questão prévia, exactamente porque apenas consiste em optar por uma ou outra das duas regras de conflitos mencionadas, não pode levantar-se adi.

Ora justamente a referida concepção 'do problema (da questão prévia em DIP não é a única possível — nem o aludido pressuposto se apresenta, portanto, como essencial. Nós podemos conceber o problema (como sendo o de averiguar de que condições depende, segundo a lei reguladora da questão (de fundo, o reconhecimento de uma relação de direito plurilocalizada (por exemplo, a relação matrimonial) para o efeito (de se terem como produzidas certas consequências jurídicas ulteriores (por exemplo, em matéria sucessória) de que em geral ela é susceptível. Posta a questão assim, é evidente que ela pode levantar-se mesmo quando a lei aplicável ao fundo da causa (ao problema dos direitos sucessórios do cônjuge supérstite) seja a *lex fori*.

É Wengler quem chama a nossa atenção para este novo curso que a doutrina da questão prévia é susceptível de tomar. No último trabalho que dedicou ao tema <sup>(53)</sup> —trabalho cuja substância não temos, aliás, a intenção de expor aqui na íntegra e de apreciar detidamente —, destacam-se como sobremodo relevantes, pelo carácter de novidade que revestem, as ideias seguintes.

16. A aplicação à relação jurídica prejudicial de uma das normas gerais do sistema de 'conflitos nem sempre constitui solução adequada: por vezes, a solução justa consistirá em se conectar aquela relação jurídica através de uma regra de (conflitos *especial*. Se tal regra existir, leexpressamente formulada, no sistema jurídico chamado

(53) *Nouvelles réflexions*, cit., na revista, ano e págs. citis.

a disciplinar a situação controvertida, 'certo os tribunais locais não podierão furtar-se a aplicá-la, a pretexto ide que é ao seu próprio direito de conflitos que devem obediência e não ao direito de conflitos estrangeiro (<sup>54</sup>).

De resto, ainda mesmo que não seja esse o caso, que tal disposição expressa não exista na referida legislação, é possível que uma interpretação judiciosa deste sistema nos leve a uma conclusão idêntica. Por exemplo: A lei sucessória de muitos países de direito inglês prevê que urna certa parte da herança, a fixar pelo juiz, seja atribuída às pessoas que o hereditando esqueceu ou preteriu no seu testamento e que dele recebiam alimentos em sua vida (ou que teriam tido direito a recebê-los, em caso de necessidade). Ora ideve admitir-se que do referido direito poderá prevailecer-se quem recebesse alimentos do *de cuius*, quer por força de um dever legal imposto pela legislação aplicável no país do estatuto sucessório, quer em virtude de uma norma da legislação considerada competente noutro país.

De modo análogo, e mesmo na hipótese Ide a lei da sucessão não atribuir efeitos sucessórios ao casamento putativo, uma interpretação hábil das disposições dessa lei pode justificar a atribuição de tais efeitos a uma ligação matrimonial todavia por 'ela considerada juridicamente inexistente. Suponhamos que a existência de um casamento é negada, no caso concreto, pela lei da sucessão (S) e até

(<sup>54</sup>) Suponhamos, diz WENGLER *cit.*, p. 179), que a 'lei A, competente segundo o estatuto sucessório (S) para reger a filiação do filho, não reconhece a este os direitos e obrigações de filho 'legítimo, mas que as 'regras de conflitos de S preveem, no que tooa ao estado de (filho legítimo para *fins sucessórios*, a aplicação 'alternativa da lei do país A ou da 'lei do país B. Como é evidente, um juiz tle ;S não poderia em tal hipótese recusar-se a reconhecer o direito sucessório do filho, ba'seando-se no facto de a lei A lhe não 'atribuir o estado de filho legítimo. O mesmo Se diga de um juiz de qualquer outro foro, F.

IA lei sucessória pode designadamente fazer depender o direito hereditário do filho dia Circunstância de o estado de filho legítimo lhe poder ser reconhecido, com base numia lei *qualquer*, quer em A — país de origem do defunto — quer em B — país de 'origem do filho—, ou seja, no fim de contas, de acordo com o sistema de conflitos die qualquer um destes países. É neste sentido que deve interpretar-se '(continuamos a seguir WENGLER) a (disposição da *Succession Ordinance* da OPalestina, segundo a qual o direito sucessório do filho legítimo existe desde que seja reconhecido quer pela lei nacional do *de cuius*, quer pela lei nacional do filho.

pelo 'direito do foro (F) ; contudo, ela é reconhecida pela lei de um terceiro país, *B*. Em tal hipótese, é bem possível que tanto em *S* como em *F* se prefira, à solução de deferir a herança (de harmonia com o regime sucessório de *S*) a parentes afastados do defunto ou ao próprio fisco, a de a entregar ao cônjuge (ou aos filhos) de um «casamento» que só em *B* ((país onde o falecido, o cônjuge e os filhos — suponhamo-lo — tiveram o seu domicílio) existiu juridicamente e chegou a fundar uma família «efectiva».

A norma de direito positivo, que atribui certos efeitos jurídicos («ulteriores») à «existência» de uma relação prévia, pressupõe que essa relação se tenha constituído e que *verosimilmente* tenha produzido já alguns dos seus efeitos jurídicos próprios, isto é, que as partes tenham já cumprido, quer lespootâneamente quer em virtude de uma decisão judicial, as obrigações para telas decorrentes de tal relação jurídica. Ora, se a relação prévia é uma relação de conexão plúrimia (plurilocalizada), lé muito possível que niem toldos os países aos quais ela está (ou esteve) ligada a reconheçam como tal; tratar-se-á, então, de uma relação jurídica «coxa» ou «claudicante» — e as probabilidades de que se tenha realizado ou tornado efectiva serão bem menores do que nos casos normais. Nestas circunstâncias, não será razoável que um legislador, ao estatuir acerca 'dos efeitos ulteriores de uma relação jurídica dada, se contente com o facto ;de uma relação ;com as qualidades requeridas se ter tornado efectiva num país qualquer, em harmonia com a lei considerada 'competente nesse país?

Suponhamos que a lei competente para regular a sucessão (*S*) chama em primeiro lugar à herança o cônjuge e os filhos do falecido. Esta preferência baseia-se na relação efectiva de dependência que deve ter existido entre tais pessoas e o hereditando, relação fundada a seu turno, no facto de que o falecido estava obrigado a assegurar-lhes o sustento, podendo inclusive ser a isso judicialmente compelido, se necessário. Sendo isto assim, uma interpretação razoável da lei da sucessão deve levar a admitir a relevância, para fins sucessórios, dos laços familiares 'efectivos que tenham ligado o *de cuius* aos seus cônjuge e filhos, muito embora o matrimónio fonte de tais laços não tenha tido existência jurídica em face 'da lei *t(A)* designada pela norma de conflitos *geral* de *S* (e também peia regra de conflitos geral do foro) : será bastante que o matrimónio tenha gozado (de reconhecimento legal em *B* e se tenha tomado efectivo nesse país.

Estais considerações, se são válidas, 'não o serão apenas no oaso em que a lei chamada a reger a relação pleiteada seja urna lei estrangeira, mas também nia hipótese de esta relação pertencer ao âmbito da *lex iori materialis*.

17. As ideias expostas <sup>(55)</sup> representam um contributo notável para a 'dilucidação do complexo tema ida questão prévia. O problema é agora posto em termos que finalmente lhe fazem perder a tradicional característica. A doutrina da questão prévia, desvinculada da ideia -pressuposto da sujeição da questão principal a um sistema jurídico 'estrangeiro, pode enfim projectar-se para além dos termos da alternativa «direito de 'conflitos da *lex fori* ou direito de conflitos da *lex causae*». O problema não é o de resolver 'essa alternativa, senão antes de tudo o de apurar o verdadeiro sentido da referência à relação-pressuposto feita pela norma que dispõe acerca de uma consequência jurídico-material determinada. De que condições depende, no quadro da norma que estatui acerca dos efeitos ulteriores de certa relação jurídica, o reconhecimento para tais efeitos da relação prévia? Porventura a inexistência desta relação perante a lei chamada a regular tesses ef eitos — ou perante a lei designada pela norma de conflitos geral daquele sistema —, e bem assim em face da *lex fori*, implicará inevitavelmente a não 'produção de tais efeitos ulteriores? Não relevará para tanto a 'circunstância de a relação jurídica piievía gozar de existência legal e ter existência de facto noutro país qualquer, com o qual esteja ou tenha estado em contacto? É que pode 'efectivamente não ser justo, olhando ao efeito particular que 'está em causa, conectar a relação condicionante segundo a norma de conf litos geral do sistema aplicável à questão de fundo. E é bem claro e seguramente incontestável que esta conclusão—não ser a solução decorrente da norma de conflitos geral do sistema a solução adequada do problema — tanto pode ámpor-se-nos no caso em que a lei reguladora da consequência jurídica ulterior seja uma lei 'estrangeira, 'corno na hipótese de essa lei ser a *lex fori*.

A lideia de procurar nas razões inspiradoras da .própria norma material que está em causa resposta adequada para a questão da conexão da relação de direito condicionante, parece-nos merecedora

<sup>(55)</sup> Que, aliás, tñão isao todas as que se encontram no estudo em referência.

de 'aplauso. Por outra parte, a regra ide conflitos *especial*, que porventura se nos 'depare '(ou que possa descobrir-se aí, por via de interpretação, tendo em conta os aludidos factores) no estatuto dos efeitos (por ex., idos efeitos sucessórios) correspondentes a determinado negócio jurídico (como, *v. gr.*, o casamento), é expressão ainda de uma certa valoração jurídico-material, obedece a razões que são mais deste foro do que do plano do direito internacional privado; e estiando, por conseguinte, intimamente vinculada ao sistema de preceitos materiais que pretendemos aplicar, ela própria resulta seguramente aplicável, como parte que é desse todo, à factuabilidade concreta.

IFor nós, não cremos que a validade desta conclusão 'possa sériamente contestar-se.

Em soma: o mestre de Berlim propõe-nos acerca da questão prévia uma (perspectiva e uma linha de rumo cujo alto interesse ninguém qulererá pôr em dúvida. Somente a via casuística em que nos empenha poderá acaso justificar aqui certa reserva: é talvez cedo para dizer sobre ela palavras definitivas.

Acrescentaremos a nota de que toda a vez que o estudo do sistema aplicável à questão de fundo não conduzir à descoberta de uma regra de conflitos especial para a questão prévia, nos parece que o problema da lei 'competente quanto à relação prejudicial renaisoe nos seus termos tradicionais.<sup>18</sup>

18. *Direito estrangeiro e português*. — Não exjiste, que saibamos, nos vários sistemas jurídicos nacionais qualquer texto que directa e expressamente se refira ao tema da questão prévia em direito internacional privado. Bem se entende, aliás, que assim seja, 'porque o problema, icomo vimos, tem uma história ainda curta. A questão é entre todas 'espinhosa e daria mostras de optimismo excessivo aquele que considerasse o assunto corno suficientemente esclarecido. Força é reconhecer que não existem ainda as condições necessárias para uma tomada de posição clara e aberta por parte do legislador. De resto, a consagração num texto de lei de uma doutrina; sobre a questão prévia teria o grave inconveniente de impedir ou dificultar o livre curso da elaboração científica do 'direito nesta matéria.

Tais as razões por que o nosso actual Código Civil não contém qualquer preceito sobre o nosso tema. O facto não representa propriamente uma omissão do legislador, antes foi de caso pensado que

se deixou o ponto em aberto <sup>(5G)</sup>. Mas precisamente porque assim é, seria erro supor que o silêncio da lei nos vincula ao repúdio ide qualquer das orientações expostas nos números precedentes —» ou de toda a linha que se não reconduza a uma atitude de rigorosa fidelidade às regras de 'conflitos da /*ex fori*, nos termos propugnados pela teoria da conexão autónoma. A nossa ideia é antes que a (directiva que vier a considerar-se melhor no plano do direito constituendo poderá ser utilizada também como critério para a interpretação e aplicação do sistema legal vigente.

A. FERRER CORREIA

(56) Vem a propósito e é interessante registar aqui as palavras que W. WENGLER — juntamente o autor que mais a fundo estudou o tema da questão prévia em DIP e mais longe avançou no caminho que leva a subtrair as questões prejudiciais à influência das normas de conflitos do foro—as palavras que WENGLER recentemente escreveu acerca do capítulo do Código 'Civil português sobre os conflitos de leis (*in Prospettive del DIP*, Milão, 1968, pág. 527): «Assim, a meu ver, as disposições do novo ICódigo Civil português, que se ocupam das questões gerais do direito internacional privado, representam propriamente o máximo que um legislador possa actualmente estabelecer».