

DOCTRINA

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DA FAMÍLIA

(Direito Português)

A. FERRER CORREIA

I

Introdução

1. O DIP português da família é dominado pelo princípio da *aplicabilidade da lei pessoal*: C. c. art. 25.º.

Assim, desde logo, em *matéria matrimonial*: casamento (requisitos intrínsecos ou pressupostos materiais), respectivos efeitos pessoais e patrimoniais, interrupção e dissolução da sociedade conjugal. Do mesmo modo pelo que respeita à *filiação*, no duplo aspecto da constituição do vínculo familiar e das relações entre pais e filhos (pátrio poder, etc.). Da mesma maneira ainda no concernente ao instituto da *adoção*.

É que neste conjunto de matérias — a que acrescem tópicos como a capacidade de agir e os direitos de personalidade (com restrições) — são interesses *individuais* aqueles a que sobretudo importa prestar atenção. Trata-se, com efeito, de assuntos (e ao dizê-lo tenho principalmente em vista o tema que me proponho versar: o domínio das relações de família) cujo carácter marcadamente pessoal é incontroverso. Aí, o traço prevalecente é a natural aspiração das pessoas a serem tratadas, em qualquer país e latitude, de harmonia com os preceitos de uma lei *a que possam chamar sua*, em que dalgum modo *se reconheçam*, por ser *a do povo com que se identificam*, cujo projecto de vida adoptam, *em cujas concepções* religiosas e ético-jurídicas fundamentais *acreditam*. Ora, em poucos domínios da área do direito civil essas concepções se reflectem tão directa e intensamente como na insti-

tuição da família. A situação jurídico-familiar de alguém, o seu *status familiae*, é algo de inerente à pessoa, algo de *constitutivo* — e a necessidade do seu reconhecimento universal corresponde a um consenso generalizado.

Tal o fundamento da doutrina da aplicabilidade da lei pessoal dos sujeitos da relação ou situação jurídica no domínio correspondente à instituição da família. O factor de conexão apropriado para decidir aí do direito material aplicável *in casu deve respeitar à pessoa*, não ao acto jurídico em si, nem às coisas, e deve ademais caracterizar-se pela *constância* ou *perdurabilidade*. É dizer que esse factor terá de consistir ou na *nacionalidade* dos indivíduos ou no seu *domicílio*. Qualquer dos dois critérios se defende com boas razões.¹ Portugal optou pela nacionalidade; preferiu-lhe o Brasil, em 1942, o domicílio. Quanto ao elenco de matérias a submeter à lei pessoal (*lex patriae* ou *lex domicilii*), existe acordo de princípio entre os sistemas jurídicos brasileiro e português: L. I. ao Cód. civ. brasileiro, arts. 7.º e 10; Cód. civ. português, arts. 25.º, 26.º e 30.º.

É, pois, a lei pessoal a competente, tanto em Portugal como no Brasil (e na generalidade dos Estados), na área das relações de família.

Não vou ocupar-me de toda a vasta temática correspondente ao título: DIP da família. E já que as limitações de tempo me forçam a restringir o objecto da exposição, restringi-lo-ei ao direito matrimonial.

II

Esponsais

2. Começarei naturalmente pela promessa de casamento. Nos sistemas de direito que admitem esta figura como *acto jurídico preliminar em relação ao casamento*, pode hesitar-se, *primo conspectu*, entre assimilá-lo a *um contrato preliminar comum*, ou atribuir-lhe a natureza, dado o seu escopo, de um *negócio jurídico paramatrimonial*, mas *integrado já no instituto da família*. Ao invés, nos sistemas em que aos esponsais não é dedicada qualquer regulamentação especial e em que, por conseguinte, a ruptura da promessa esponsalícia só pode relevar como facto ilícito extra-

¹ V. SEVOLD BRAGA, *Staatsangehörig Keitzprinzip oder Wohnsitzprinzip?*, Rabelsz, 1955, p. 227 ss.; BUCHER, *Staatsangehörig Keitz-und Wohnsitzprinzip*, *Annuaire Suisse de DI*, 1972, p. 76 ss.; PALSSON, *Marriage and divorce in Comparative Conflict of Laws*; FERRER CORREIA, *Unidade do estatuto pessoal*, in *Estudos jurídicos III*, p. 291 ss.

contratual (como acontece em França), a tendência dominante vai exactamente no sentido desta última qualificação, com seu corolário da competência da *lex loci delicti commissi*.¹ Esta é também, como informa Mestre HAROLDO VALLADÃO, a orientação seguida pela jurisprudência brasileira.²

No que concerne a Portugal, dado que o Código civ. reconhece expressamente a figura jurídica de que vimos falando, embora atribuindo-lhe efeitos limitados, e a define até como contrato; considerando por outra parte o objecto do negócio jurídico — a ulterior celebração do matrimónio entre os promitentes — bem como o tipo da sua regulamentação e as valorações que lhe estão subjacentes (se é justo que a promessa produza alguns efeitos, é necessário compatibilizar essa eficácia com o princípio da liberdade da vontade quanto à celebração do acto principal): tudo visto e ponderado, é a qualificação pessoal que defendo para o contrato esponsalício, em face do DIP português.

3. Só que a aludida divergência de qualificações pode conduzir a delicadas situações de *cúmulo jurídico*.³

Suponhamos, p. ex., que *A* e *B*, ambos portugueses, se prometem mutuamente casamento, e que algum tempo depois *B*, que por essa altura se encontra em França (ou no Brasil), rompe a sua promessa sem justo motivo. A que consequências sujeita o faltoso esta retractação? É a um tribunal português que compete decidir. *Quid juris?*

Se, como disse, as disposições dos arts. 1.591.º a 1.594.º do Cód. civ. devem considerar-se integradas, para efeitos de DIP, no instituto matrimonial e, logo, na categoria normativa “relações de família” do art. 25.º, vem daqui que a sua aplicação é desencadeada pelo simples facto de serem portugueses os contraentes: a lei portuguesa é aplicável ao caso como lei pessoal.

No entanto, a aplicabilidade na mesma situação concreta da norma do *code civil* (ou do correspondente preceito do Cód. brasileiro) que consagra em termos gerais o clássico princípio do *neminem laedere* não é menos certa. Efectivamente, já vimos que em França, como no Brasil, a retractação da promessa de casamento constitui, não um caso de incumprimento de um contrato, mas (eventualmente) um facto ilícito extracontratual, com as consequências correspondentes. Para a responsabilidade extracon-

¹ Cf. KEGEL, *IPR* (3.ª ed.), p. 294 s.; WENGLER, *IPR*, p. 614 s.; VITTA, *DIP II*, p. 167 s.

² *DIP II*, p. 58 s.

³ Vide o nosso trabalho *Considerações sobre o método do DIP* (n.os 14 e 16), em *Estudos vários de direito* (Acta Universitatis Conimbrigensis, 1982).

tratual, o Cód. civ. português manteve-se em princípio fiel à regra do *locus delicti commissi*.

Estamos, pois, em face, como se disse, de uma situação de *cúmulo jurídico*, fruto de um conflito de qualificações. Para resolver a mesma questão de direito são convocadas duas leis. Uma como lei pessoal, através da regra de conflitos do art. 25.º — e não há dúvida de que as disposições dessa lei (os arts. 1.591.º a 1.594.º do C. c. português) relativas ao ponto controvertido (esponsais — consequências da rotura da promessa esponsalícia) se ajustam à categoria normativa ou ao instituto (relações de família) visado na referida norma de conflitos da *lex fori*. Outra como estatuto do delito — sendo igualmente incontestável que os preceitos desta segunda lei aplicáveis ao caso concreto pertencem do mesmo modo ao âmbito da regra de conflitos do DIP português concernente à matéria da responsabilidade extracontratual (essa regra é a do art. 45.º, 1, do C. c.).

Como resolver? Determinando os direitos da parte ofendida exclusivamente pela norma do art. 1.594.º C. c.? Considerando que esses direitos serão os resultantes dos princípios gerais sobre responsabilidade *ex delicto* do sistema jurídico francês (ou brasileiro)? Procedendo por via de adaptação?

A utilização deste expediente é sem dúvida necessária em algumas situações de concordância de preceitos jurídico-materiais, oriundos de ordenamentos distintos, para regular uma relação da vida. No presente caso, porém, não me parece forçoso tomar por esse caminho, que apresenta sempre riscos. Proponho que se ultrapasse a referida situação de concorrência de normas ou de *cúmulo jurídico* fazendo apelo a um desses critérios *formais* ou regras *secundárias*, que a jurisprudência foi elaborando ao longo dos tempos como modo de resolver as *antinomias normativas* que se verifiquem no interior do mesmo sistema de preceitos materiais e que se destinam a estabelecer relações de hierarquia entre as normas primárias. Tais critérios dizem-nos que a regra especial tem precedência sobre a geral, a superior sobre a inferior, a norma posterior sobre a anterior. No nosso caso, será o primeiro — a *lex specialis* prevalece sobre a *lex generalis* — o critério a utilizar. Com efeito, das duas regulamentações em presença, apenas uma — a contida na lei pessoal dos sujeitos (lei portuguesa) — tem em conta a *especificidade* dos problemas suscitados pela promessa de casamento; ela é, portanto, de um ponto de vista jurídico-material, a mais vocacionada para resolver a questão que se nos depara.

Suponhamos agora a hipótese inversa, o conflito negativo, o *vácuo jurídico*: dois franceses (ou dois brasileiros domiciliados no

Rio de Janeiro) prometem-se mutuamente casamento e um deles vem a retractar-se mais tarde, sem justa causa, em Portugal. Excluída *in limine* a aplicação da lei pessoal — já que os preceitos do Cód. francês ou do Cód. brasileiro sobre as consequências do ilícito extracontratual em geral não integram, manifestamente, o instituto da família, que é o visado na regra de conflitos do Cód. civ. português (art. 25.^o) que refere como aplicável o estatuto pessoal —, resta-nos, *prima facie*, o único recurso de fazer intervir as normas gerais do direito português sobre a responsabilidade civil *ex delicto*: pois deve entender-se que todo o facto, que viola de modo ilícito o direito de outrem e a que não pode aplicar-se, de harmonia com a lei para tanto competente, a qualificação de incumprimento de um dever contratual, sempre constituirá um facto gerador da obrigação de indemnizar, no quadro e nos termos da lei vigente no território em que se verificou.¹

Assim seriam as coisas se não existisse no DIP português uma regra de conflitos como a do art. 45.^o, n.^o 3: se o lesante e o lesado têm a mesma nacionalidade, ou, na falta dela, a mesma residência habitual, as consequências do ilícito serão reguladas por essa lei e não pela do lugar onde ocorreu o facto. E de tal sorte voltaremos ao ponto de partida: à aplicação da lei pessoal dos interessados, ainda que não por esse título.

4. Nos sistemas de DIP, como é o caso do português, em que se não encontram regras de conflitos especiais sobre a promessa sponsalícia, mas que adoptam para ela a qualificação pessoal, a regulamentação adequada da matéria encontrar-se-á mediante *extensão analógica* das normas relativas ao casamento. Desta idéia já fizemos uma primeira aplicação. Do ponto de vista do DIP português, os sponsais, como contrato preliminar em relação ao casamento, estão sujeitos ao estatuto pessoal dos contraentes.

Se estes não tiverem a mesma nacionalidade — e à semelhança do que acontece (como veremos) em matéria de casamento — o princípio da *igualdade* entre os promitentes conduz a só considerar a promessa juridicamente válida e eficaz, se nisto convierem as leis da nacionalidade de ambos. No entanto, das condições de capacidade de cada contraente, bem como da falta ou vício de vontade, julgará unicamente a lei pessoal desse contraente. Se o referido acordo entre as duas leis se não verificar, nada impede, está claro, que em caso de ruptura da promessa a parte ofendida reclame da outra a indemnização a que eventualmente

¹ Vide o nosso cit. estudo **Considerações sobre o método do DIP**, p. 335 s. e 354 s.

tiver direito, segundo as disposições legais em vigor no país da prática do facto ilícito.

As leis dos contraentes podem só divergir entre si *quanto ao conteúdo dos direitos e deveres* decorrentes do negócio jurídico. Em tal caso, parece adequado recorrer (ainda extensão analógica) à norma do DIP da *lex fori* que, relativamente à matéria das relações entre cônjuges, prescreva na hipótese de que tratamos (falta de nacionalidade comum) o apelo a um elemento de conexão diferente da nacionalidade: o domicílio ou a residência habitual comum.

III

Casamento

5. Há que distinguir, no plano do DIP, entre o estatuto da *forma* e o estatuto da *substância* ou validade intrínseca. Sendo diferentes as regras de DIP aplicáveis, importa considerar a possibilidade de se verificarem conflitos de qualificação. Deste problema trataremos adiante.

Em matéria de *forma* do casamento, o DIP português tem como regra basilar a do *locus regit actum*; ¹ mas admite-lhe alguns desvios.

a) Consideremos primeiro a hipótese do *casamento celebrado em Portugal entre estrangeiros*. A imperatividade da observância da forma prescrita na lei portuguesa, o art. 51.º, n.º 1, do C. c., abre uma única excepção: o casamento pode ser celebrado segundo a forma prescrita na lei nacional de qualquer dos nubentes, perante os agentes diplomáticos ou consulares do respectivo Estado, mas sob condição de reciprocidade.²

Nada se diz quanto ao casamento *religioso*.

No entanto, a lei portuguesa reconhece expressamente valor e eficácia de casamento ao matrimónio católico (C. C., art. 1.587.º) e esta disposição é seguramente aplicável tanto a portugueses como a estrangeiros, dado o princípio da *igualdade de direitos* entre uns e outros que a Constituição da República (art. 15.º, n.º 1) e o Código Civil (art. 14.º, n.º 1) expressamente afirmam. A dúvida só pode surgir em relação a casamentos celebrados segundo

¹ Art. 50.º: “A forma do casamento é regulada pela lei do Estado em que o acto é celebrado, salvo o disposto no artigo seguinte.” Assim é também no Brasil: L. I. art. 7.º e § 1.º; VALLADÃO, II, n.os 13 e ss. e 19.

² Isto é, “desde que igual competência seja reconhecida por essa lei aos agentes diplomáticos e consulares portugueses”.

ritos de confissão religiosa diferente da católica¹ — ou em relação a casamentos civis não reconhecidos, exactamente por falta da referida celebração religiosa, no Estado nacional dos cônjuges.

1) Quanto ao primeiro ponto, terá de entender-se que em Portugal, como em tantos outros países,² a observância da forma prescrita pelo direito local (aliás, como já foi dito, são duas as formas permitidas pela lei portuguesa: a civil e a católica) é rigorosamente *imperativa*. De resto, a própria celebração do casamento católico é controlada em certos termos pelo Estado.

No entanto, e ao menos de *jure condendo*, pode colocar-se a seguinte questão: se o casamento celebrado perante ministro de religião diferente da católica, que para a ordem jurídica portuguesa é inexistente (C. c., al. a, do art. 1.628.º), mas que pode ser plenamente válido à face da lei nacional dos interessados, permanece como tal (isto é, como matrimónio inexistente) mesmo na hipótese de os interessados passarem a viver no Estado da sua nacionalidade ou nalgum outro que do mesmo modo reconheça o casamento, rompendo todos os laços com o Estado português. Na verdade, que interesse tem o Estado português em continuar a impor neste caso o seu ponto de vista, sobretudo na hipótese em que o problema da validade do matrimónio surja perante uma autoridade portuguesa como simples *questão prévia* ou a título incidental?

2) Quanto ao outro ponto — casamento *civil* realizado em Portugal, a que a lei da nacionalidade dos interessados (lei espanhola, lei grega até data recente) recusa todo e qualquer efeito matrimonial — é extremamente difícil sustentar que o Estado português deve abdicar aqui da sua posição, em face da posição contrária do Estado nacional das partes. A Constituição, no seu art. 36.º, n.º 1, garante a todos os indivíduos (sejam nacionais, estrangeiros ou apátridas: veja-se o art. 15.º, n.º 1) o direito de contrair casamento em condições de plena igualdade. Depois disto, como seria possível recusar a um estrangeiro casado em Portugal, com total acatamento das disposições de forma aqui vigentes, o correspondente estado de cônjuge, a pretexto de a lei nacional desse estrangeiro negar valor a tal matrimónio? Como aceitar uma tão chocante contradição?

¹ No Brasil a questão não se põe, já que a lei só não atribui efeitos ao casamento religioso quando celebrado segundo rito que ofenda a ordem pública ou os bons costumes: VALLADÃO, *op. cit.*, II p. 65.

² Para o Brasil cf. L. I., art. 7.º, § 1.º; quanto à França, v. LOUSSOUARN-BOUREL, *DIP* n.os 291-292; quanto à Inglaterra, GRAVESON, *PIL*, 7.ª ed., p. 250-251; em relação à Alemanha, KEGEL, *IPR*, 4.ª ed., p. 350; à Bélgica, RIGAUX, *DIP*, t. II, p. 253; à Itália, BALLARINO, *DIP*, p. 717 e ss. No mesmo sentido se manifesta a Lei austríaca de *DIP*, de 1979, § 16 (1).

Veremos dentro em pouco que, sendo à lei pessoal que compete definir a natureza do matrimónio, a essa mesma lei pertence também considerar (ou não) essencial a celebração religiosa. Em relação, porém, a casamentos celebrados no país, todo o Estado tem o direito de fixar as condições e os termos em que os reputará válidos. Ao preceito de uma lei estrangeira, que julgar necessária a observância de uma "forma" diferente, terá de ser negada aplicação no país, por ser ele ofensivo de princípios basilares do sistema jurídico local (ordem pública).

E nem esta solução constituirá inadmissível prepotência do legislador, já que nada impede que os interessados — se desejarem que o matrimónio seja reconhecido no Estado da sua nacionalidade — procedam à celebração religiosa que a lei desse Estado impõe, antes ou depois de comparecerem perante o funcionário do registro civil português.

6. b) *Casamento de portugueses ou de português e estrangeiro em país estrangeiro.* Regula este caso o art. 51.º, n.ºs 2 e 3. Os interessados têm à sua disposição a forma de uma de três leis: a do país da celebração (*locus regit actum*), a portuguesa (bastando como elemento de conexão com esta lei a nacionalidade portuguesa de um dos nubentes) e a lei canónica.

Relativamente à primeira hipótese, importa referir que deverá produzir efeitos em Portugal o matrimónio celebrado segundo uma qualquer forma que seja legalmente reconhecida no país da celebração. Um casamento realizado segundo os ritos de uma religião diferente da católica poderá gozar de plena eficácia em Portugal. O mesmo se diga, inclusive, do matrimónio *nudo consensu* admitido em certos estados dos EUA, como o de Ohio, e outrossim do casamento de facto do antigo direito soviético. Tal como na Alemanha e França,¹ assim em Portugal deverá ser reprimida qualquer tendência para exigir, como condição do reconhecimento, uma certa semelhança quanto ao modo exterior de constituição da relação jurídica matrimonial entre o casamento estrangeiro e o português.²

Diga-se ainda que, dispondo o art. 51.º, n.º 3, que o casamento realizado no estrangeiro entre portugueses, ou entre português e estrangeiro, em harmonia com as leis canónicas, é havido como casamento católico, seja qual for a forma legal de celebração do acto segundo a lei local, isto significa duas coisas. Primeiro, que a lei canónica é chamada aqui autonomamente (como já foi referido) e não em virtude de se considerar incorporada na *lex loci*

1 Cf. KEGEL, *IPR*, p. 146 e 343, e LOUSSOUARN-BOUREL, *DIP*, p. 389-390.

2 Sobre o direito brasileiro, v. VALLADÃO, *op. cit.*, II, p. 73 s.

(isto é, como parte do direito matrimonial desta lei). Não importa que a *lex loci*, dado o seu carácter laico, não reconheça como matrimónio o casamento católico celebrado por estrangeiros no respectivo território. Se dois portugueses casam catolicamente em França, o casamento não será lá reconhecido; sê-lo-á, no entanto, em Portugal. O mesmo não poderá dizer-se (como já se observou) em relação a matrimónios contraídos segundo formas próprias de outras religiões, que não a católica.

A segunda coisa a mencionar a propósito do n.º 3 do art. 51.º é que ao casamento de portugueses celebrado no estrangeiro, em harmonia com as leis canónicas, são aplicáveis as disposições do nosso Cód. civ. que pressupõem um casamento católico realizado em Portugal. É desde logo o caso do art. 1.625.º, que defere aos tribunais e repartições eclesiásticas competentes o conhecimento das causas respeitantes à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado.

7. c) *Casamento de dois estrangeiros em país estrangeiro.* Esta hipótese não é expressamente relevada no C. c. português. Só dispomos, portanto, da regra do art. 50.º (*locus regit actum*), a qual é, porém, susceptível de duas interpretações.

1) Interpretação mais cingida à letra: em matéria de forma do casamento, a regra *locus regit actum* assume carácter imperativo e os únicos desvios consentidos são realmente os enunciados no art. 51.º.

Este entendimento das coisas conduz certamente a que se atribua plena eficácia ao matrimónio celebrado segundo uma forma, qualquer que ela seja (pública ou privada, civil ou religiosa), admitida pela *lex loci celebrationis*; a este propósito não há senão remeter para tudo o que se disse ao versar a hipótese do casamento de portugueses no estrangeiro. Mas se o matrimónio é nulo, por deficiência de forma, ante a *lex loci*, embora seja válido face à lei nacional de ambos os nubentes, nós não poderemos atribuir-lhe valor jurídico.

A doutrina exposta sofre, contudo, uma importante atenuação no caso inverso de as exigências da lei do lugar se mostrarem satisfeitas, mas não o requisito da celebração religiosa reputado essencial pela lei da nacionalidade de ambos ou de um dos contraentes. Até há pouco, o Cód. civ. grego só considerava matrimónio, em relação a um cidadão grego pertencente à igreja grega ortodoxa, o acto celebrado de conformidade com as formas rituais desta igreja — e ainda que celebrado fosse no estrangeiro. Esta norma filiava-se numa determinada concepção do matrimónio: enquanto em muitas nações o casamento é tão-só um acto do

estado civil, e noutras pode ser isso ou um acto religioso, à escolha dos interessados, na Grécia ele era tido como acto essencialmente religioso, como um sacramento: daí que sem celebração religiosa não existisse, *de jure*, um matrimónio.

Vale isto por dizer que o referido preceito da lei grega respeitava à própria *substância* do casamento, que não à mera forma. Sendo assim as coisas, ele pertencia à categoria normativa (“validade intrínseca”) da regra de conflitos no art. 49.º do C. c. português; pelo que, dada a nacionalidade grega de um dos nubentes (e vista a disposição do art. 15.º daquele código), se impunha considerá-lo aplicável, mesmo que o acto se tivesse realizado num país, como a Alemanha ou a França, onde só o casamento civil é conhecido.

Tal como em hipótese precedentemente analisada, surgiria aqui uma situação de *cúmulo jurídico* (concorrência de dois preceitos jurídico-materiais de conteúdos divergentes oriundos de ordenamentos distintos: o citado preceito da antiga lei grega e o do direito alemão, ou francês, relativo às formalidades do acto); situação originada num conflito de qualificações ou de concepções acerca da natureza do matrimónio.

Ora, a nosso aviso, a questão não podia deixar de resolver-se pelo prevalecimento da qualificação “substância” em prejuízo da qualificação “forma” — não podia, isto é, deixar de resolver-se por aplicação do estatuto do negócio jurídico, que é, em relação a um dos contraentes, o direito grego. Efectivamente, é à lei pessoal que cabe definir a verdadeira natureza do matrimónio (acto civil? acto essencialmente religioso gerador de efeitos civis?) e retirar dessa definição as devidas ilações. Conquanto se admita que em matéria de casamento o princípio *locus regit actum* assume carácter imperativo — e tal é o pressuposto das considerações que vimos fazendo —, deverá todavia cuidar-se que a aplicação desse princípio se faça sem menoscabo da competência da lei pessoal quanto àquele primordial aspecto da questão.¹

2. Mas o art. 50.º consente outra interpretação. O sintagma “salvo o disposto no artigo seguinte” só tem sentido limitativo pelo que toca às situações a que se refere o artigo seguinte. Ou seja: em relação aos casamentos de estrangeiros em Portugal e aos casamentos de portugueses, ou de português e estrangeiro, celebrados em país estrangeiro. Dos casamentos de estrangeiros no estrangeiro o legislador não curou. Com vista a essa hipótese poderia pensar-se numa “bilateralização” (parcial) da regra do

¹ Neste sentido, o nosso cit. trabalho *Considerações sobre o método do DIP* (em *Estudos vários de direito*), n.º 16, 1.

n.º 2 do art. 51.º. A intenção dessa regra consiste em tornar possível aos portugueses celebrar o seu casamento no estrangeiro segundo uma das duas formas (as únicas) permitidas pelo seu direito nacional; a forma civil (pública) e a forma canónica. Certo não faria sentido autorizar dois estrangeiros a casar no estrangeiro segundo uma dessas mesmas formas, quando admitidas pela lei da respectiva nacionalidade. Primeiro, porque não compete ao legislador português tomar posição sobre a legalidade de casamentos consulares de estrangeiros no estrangeiro. Depois, porque tão pouco lhe pertence, em matéria de casamentos de estrangeiros celebrados no estrangeiro em forma religiosa, privilegiar os casamentos católicos. Há uma única maneira razoável de proceder à bilateralização da citada norma. É entendê-la como expressão do seguinte pensamento: o casamento no estrangeiro de dois estrangeiros pode ser celebrado por qualquer modo julgado válido pela lei da respectiva nacionalidade.

Interpretar assim o DIP português seria pô-lo de acordo com uma generalizada tendência para facilitar aos indivíduos a celebração do seu casamento em país estrangeiro; tendência que vemos defendida, em França, por autores como LOUSSOUARN-BOUREL (*DIP*, p. 392) e que encontramos consagrada no direito alemão vigente (KEGEL, *IPR*, p. 348 e s.), no recente projecto suíço de uma lei federal sobre o DIP (art. 43.º), no projecto brasileiro de uma lei geral sobre a aplicação das normas jurídicas (art. 33.º) e na Lei austríaca de 1979 (§ 16.º, n.º 2).

Em suma: aceite que seja a doutrina exposta, entender-se-á que, segundo o DIP português, serão reconhecidos em Portugal como validamente celebrados os casamentos de estrangeiros realizados no estrangeiro, que satisfaçam os requisitos de forma de uma das seguintes leis: lei do país da celebração, lei do Estado da nacionalidade dos nubentes e ainda (atento o disposto no art. 31.º, n.º 2, do C. c.) lei do Estado da sua residência habitual.

8. *Validade intrínseca.* Rege aqui, como já vimos, o princípio da *lei pessoal*.¹ A lei pessoal é da nacionalidade dos nubentes (art. 31.º, n.º 1), mas serão reconhecidos em Portugal os casamentos que forem substancialmente válidos perante a ordem jurídica do país da respectiva residência habitual: art. 31.º, n.º 2.

O princípio da lei pessoal é complementado pelo da *igualdade dos nubentes*. Isso significa que, se os nubentes não tiverem a mesma nacionalidade, os requisitos intrínsecos ou pressupostos

¹ Segundo o DIP brasileiro (L. I., art. 7.º, § 1.º; cf. Projecto de lei geral, art. 32.º, parág. único), realizando-se o casamento no Brasil, a matéria de impedimentos dirimentes é regida pela lei local.

materiais do casamento serão regulados, quanto a cada um deles, pelos preceitos da respectiva lei nacional.¹

Esta doutrina encontra-se formulada no art. 49.º do C. c., que se refere à capacidade para contrair casamento e à vontade e vícios da vontade. O art. 1.600.º esclarece o sentido em que a expressão “capacidade” é tomada no art. 49.º: neste contexto, capacidade significa o mesmo que *ausência de qualquer dos impedimentos matrimoniais previstos na lei*. De onde se infere que a citada norma de conflitos do art. 49.º deve ler-se do seguinte modo: é a lei pessoal de cada um dos nubentes que se pronuncia sobre a existência dalgum impedimento que obste, assim ao seu casamento em geral, como ao casamento com o outro nubente — e que determina o regime aplicável ao casamento contraído com algum desses impedimentos. Por conseguinte, essa lei dirá se o matrimónio deve reputar-se *inexistente, nulo* ou tão só ferido de *anulabilidade*. O mesmo pelo que toca ao regime da *falta* e dos *vícios da vontade* dos contraentes.

Mas não são apenas os impedimentos *dirimentes* — aqueles que realmente obstam à celebração do casamento (falta de idade núbil, grave distúrbio mental, vínculo matrimonial anterior não dissolvido, parentesco, afinidade) — que estão sujeitos à definição e regulamentação da lei pessoal de cada um dos nubentes (no sentido já precisado): à lei pessoal de cada um destes compete pronunciar-se outrossim sobre a presença ou ausência na pessoa do respectivo contraente, de alguma daquelas circunstâncias que, posto não impliquem invalidade do matrimónio, todavia sujeitam o nubente a uma sanção e lhe afectam, por isso, em certa medida, a capacidade matrimonial. Refiro-me aos chamados impedimentos *impedientes*. A expressão larga do art. 1.600.º (impedimentos matrimoniais) — a qual, como já vimos, precisa o sentido do termo “capacidade” usado no art. 49.º — não consente dúvidas a tal respeito.

Infere-se do exposto que o sistema do direito português em matéria de capacidade para contrair casamento, na hipótese de não ser a mesma a nacionalidade dos futuros cônjuges, é um sistema de aplicação de duas leis, não porém na forma chamada de aplicação cumulativa, mas antes na de uma aplicação *distributiva*. Ou seja: sujeita-se a matéria dos requisitos intrínsecos do acto jurídico (o casamento) à apreciação de duas leis, mas em termos de a cada uma só ficar o ajuizamento das condições a que deve satisfazer o *contraente que dela depende*.

Assim, pois, um português de 16 anos pode sem dúvida casar com uma grega de 14, que é núbil à face da sua lei pessoal. Não

¹ Ou em alternativa (como vimos) pelos da lei da sua residência habitual.

seria esta a decisão do caso na Inglaterra, se o nubente varão fosse um inglês com domicílio inglês: é que naquele país entende-se que a falta da idade mínima necessária para contrair casamento (16 anos, tal como em Portugal) também opera em relação ao nubente domiciliado no estrangeiro (impedimento bilateral).¹

9. Voltando ao direito português, importa advertir que também nele, como de resto em qualquer outro ordenamento jurídico, podem existir, e de facto existem, impedimentos de *carácter bilateral*, isto é, proibições que, conquanto aparentem dirigir-se apenas a um dos nubentes (o de nacionalidade portuguesa), na realidade atingem os dois. É o que se passa com o impedimento de vínculo (*impedimentum ligaminis*). A lei (C. c., art. 1.601.º, c) não se limita a proibir o casamento ao cidadão português ele próprio ligado por vínculo matrimonial anterior ainda não dissolvido, mas deve interpretar-se no sentido de que o declara igualmente inábil para o fazer com qualquer estrangeiro que se encontre legalmente casado, posto que a lei nacional desse estrangeiro — por hipótese, um muçulmano — admitta a bigamia. Trata-se aqui justamente de um impedimento bilateral. Por conseguinte, é da própria lei material portuguesa, enquanto lei aplicável à determinação da capacidade do contraente português (segundo a citada regra de conflitos do art. 49.º C. c.), que procede o obstáculo à celebração do casamento. Não há necessidade de apelar aqui para a excepção de ordem pública internacional.

Reciprocamente, se uma alemã, divorciada no seu país por ter cometido adultério com um português, pretende agora casar em Portugal com esse indivíduo, creio que o não poderá fazer. É certo que o respectivo impedimento só pelo direito alemão é pronunciado: o direito português desconhece-o. Mas toda a questão está em saber se ele reveste, na Alemanha, feição bilateral. Assim o entende a doutrina alemã dominante: a proibição vai dirigida não apenas ao que violou os seus deveres conjugais, mas também ao co-autor da violação.² Portanto, não permitir o casamento representará unicamente um acto de fiel aplicação da lei alemã à parte que a ela se encontra sujeita, conforme os princípios do DIP português. Não se tratará de forçar a lei portuguesa a admitir um impedimento que ela justamente entende não reconhecer.

Está claro que estes problemas atinentes à unilateralidade ou bilateralidade dos impedimentos matrimoniais só se levantam

¹ Cf. KEGEL, *IPR*, 3.ª ed., p. 300, e GRAVESON, *op. cit.*, p. 250 e 256 s.

² Cf. BEITZKE, *Familienrecht*, 15.ª ed., p. 40; WOLFF, *Das IPR Deutschlands*, p. 161; RAAPE, *IPR*, 5.ª ed. p. 240; KEGEL, 3.ª ed., p. 301.

quando os futuros cônjuges têm leis pessoais diferentes. Se o adúltero e o seu cúmplice são ambos alemães, certo que o casamento entre eles não é possível, nos termos do estabelecido pela lei pessoal comum — não seria possível mesmo que porventura devesse entender-se a proibição dessa lei como exclusivamente dirigida ao primeiro. A questão põe-se justamente por só uma das leis aplicáveis *in casu* pronunciar o impedimento.

10. Ainda acerca do impedimento de vínculo, é oportuno referir que o problema de saber se o nubente estrangeiro está ou não legalmente casado, ou se o seu primeiro casamento foi ou não legalmente dissolvido, constitui uma *questão prévia*. Como resolver essa questão? Ou seja: a que sistema conflitual deveremos nós confiar a averiguação do direito material competente para decidir se o primeiro casamento está, de facto, legalmente dissolvido?

Há que proceder a uma distinção.

a) O divórcio é reconhecido no país de que é nacional o contraente estrangeiro, mas não naquele onde a questão se levanta (Portugal). E não é reconhecido, quer por se tratar de um divórcio privado (pensemos no divórcio celebrado conforme o rito judaico — que consiste apenas na entrega à mulher da carta de divórcio na presença do rabino), quer porque a sentença de divórcio não obteve homologação em tal país. Diríamos que, sendo assim as coisas, ao nubente estrangeiro não falta a capacidade para contrair casamento, pois dessa capacidade julga a lei nacional desse nubente e para ela, como o divórcio é válido, não existe impedimento de vínculo.

No entanto, a *questão prévia* da validade ou eficácia do divórcio não pode deixar de considerar-se *autonomamente*, em relação à da capacidade matrimonial. Ou seja: há que consultar o DIP do país onde os interessados desejam contrair casamento para dirimir correctamente a referida questão preliminar.

Ora, no exemplo figurado, o DIP desse país (Portugal) resolve o problema no sentido negativo: o divórcio não é reconhecido. É dizer que do ponto de vista do ordenamento português o nubente estrangeiro continua casado. Mas nos Estados que só conhecem o casamento monogâmico, a constituição de uma relação matrimonial de que *A* seja um dos sujeitos é incompatível com o facto de esse indivíduo ser sujeito doutra relação jurídica da mesma natureza. Nestas circunstâncias, a autoridade portuguesa competente não pode celebrar o casamento: a nenhum cidadão português é permitido casar com quem, da perspectiva da ordem jurídica portuguesa, não esteja legalmente liberto de vínculo matrimonial anterior.

b) Já na hipótese inversa a solução do problema, em meu modo de ver, se presta a dúvidas.

A hipótese é a seguinte: o divórcio obtido pelo nubente estrangeiro A é reconhecido no país a que pertence o outro contraente (Portugal), mas não no Estado nacional daquele indivíduo, ao qual falece, portanto, a capacidade requerida para contrair casamento em face da lei chamada a regular esse ponto. O respeito da competência desta lei, decorrente de uma norma de conflitos do Estado onde os interessados pretendem celebrar o seu casamento (e que é também o Estado nacional de um deles), parece forçar a resolver a questão no sentido da incapacidade matrimonial do estrangeiro. Foi esta a orientação inicialmente seguida pelo BGH em casos do tipo referido. Contudo, a que hoje prevalece é a oposta: cf. quanto à Alemanha, KURT SIEHR (*Reform des IPR in "Deutschland, Annuaire Suisse de DI"*, 1973, p. 232 s.) e quanto à França e à Bélgica, BATIFFOL-LAJARDE, *DIP II*, 6.^a ed., p. 84 s.; neste mesmo sentido se pronuncia a Lei austríaca de 1979, § 17 (2), e o Projecto suíço, art. 40.^o

IV

Efeitos do casamento; interrupção e dissolução da sociedade conjugal

11. Este conjunto de matéria — que nos é impossível versar aqui pormenorizadamente — é também inserido pelo DIP português no âmbito do estatuto pessoal dos cônjuges. E também aqui se verifica a intervenção daqueloutro princípio de igualdade, de que falámos.

Só que desta vez o princípio da igualdade dos cônjuges — que obviamente só é chamado à colação quando os cônjuges não sejam nacionais do mesmo Estado — leva-nos por diferente caminho. Com efeito, a resolução dos problemas através da aplicação a cada cônjuge dos preceitos da sua lei conduziria amiúde a resultados pouco (ou nada) satisfatórios: pensemos, por ex., na matéria dos direitos e deveres pessoais dos cônjuges. Assim, a mulher não poderia requerer assistência do marido senão verificadas as condições exigidas e dentro dos limites admitidos por ambas as leis pessoais — e só poderia usar o nome do marido se ambas nisso conviessem. Ao fim e ao cabo, o sistema redundaria na aplicação da lei que mais exigente e restritiva se mostrasse relativamente à pretensão concreta a apreciar.

Foi outro, por isso, o rumo que tomou o legislador português. Considerando que o critério da nacionalidade não permitiria che-

gar aqui a soluções razoáveis, preferiu abdicar desse critério, substituindo-lhe o da *residência habitual comum* (ou domicílio de facto) dos cônjuges: C. c., art. 52.º, n.º 2. O mesmo se passa em matéria de relações patrimoniais (art. 53.º, 2), de separação de pessoas e bens e de divórcio (art. 55.º, 1). A fim de assegurar aos cônjuges a necessária igualdade, submetendo-os a um regime uniforme, procurou-se, na falta de nacionalidade comum, outro factor de conexão que obedecesse a este mesmo requisito: *ser comum a ambos*. Por conseguinte, se os cônjuges residirem habitualmente no mesmo país, está o problema resolvido: a sua lei pessoal passa a ser a do seu domicílio.

Quid juris se esta condição se não verificar?

12. Na sua primeira forma, o Cód. civ. português afastava-se então do aludido princípio da igualdade, chamando ao caso a lei da nacionalidade do marido: lei da actual nacionalidade em matéria de direitos e deveres dos cônjuges e de separação e divórcio; lei da nacionalidade dele ao tempo da celebração do casamento, em matéria de relações conjugais de natureza patrimonial.

Este regime foi ab-rogado pelo DL n.º 496/77, de 25 de novembro. Nos casos em que o Código, na sua primitiva redacção, mandava aplicar a lei da nacionalidade do marido, considera-se hoje aplicável, ora a lei do país com o qual a vida familiar se ache *mais estreitamente conexa* (esfera das relações pessoais dos cônjuges, separação e divórcio), ora a lei da primeira residência conjugal (convenções pré-nupciais e regime de bens). Vejamos as razões desta importante alteração.

13. Tendo em vista adaptá-lo aos preceitos da nova Constituição da República Portuguesa relativos aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, o Código Civil de 1966 foi sujeito em 1977 a uma ampla revisão.

De entre os princípios acolhidos pela Constituição em tal matéria (a matéria dos chamados direitos fundamentais) alguns interferem com a zona de regulamentação reservada ao direito privado e designadamente ao direito civil. São eles o princípio da *igualdade dos cidadãos* (sobretudo na expressão que lhe dá o n.º 2 do art. 13.º), o da *igualdade dos cônjuges* quanto à capacidade civil e à manutenção e educação dos filhos (art. 36.º, n.º 3), o da *não discriminação entre filhos legítimos e filhos nascidos fora do casamento* (art. 36.º, n.º 4) e o da *liberdade de associação* (art. 46.º, n.ºs 1 e 2).

Perante o disposto nos citados arts. 13.º, n.º 2 e 36.º, n.º 3 (princípio da igualdade entre homem e mulher e, pelo que espe-

cialmente concerne à esfera das relações familiares, *entre marido e mulher*), entendeu a comissão incumbida dos trabalhos de revisão do Cód. civ, que se impunha (nas próprias palavras do preâmbulo do DL n.º 496/77) “fazer desaparecer na escolha das conexões em que assenta a determinação da lei aplicável a relações privadas internacionais, qualquer discriminação entre marido e mulher” (e bem assim, tendo em conta o preceituado no art. 36.º, n.º 4, qualquer discriminação relativamente aos filhos nascidos fora do casamento).

Seria efectivamente isto uma implicação forçosa do referido princípio da igualdade entre marido e mulher?

Aparentemente, a comissão — e com ela o legislador — considerou apodíctica a conclusão enunciada; a verdade, porém, é que o não era, como o provam as dúvidas a que deu lugar na RFA o art. 3.º, II, da Constituição de Bona (*Grundgesetz*), que consagra aquele mesmo princípio (*Gleichberechtigung*). O tema foi ali vivamente discutido, tendo-se formado duas correntes de opinião.

a) Para uma (de que Hans Dolle foi um dos principais representantes) o DIP move-se num espaço exterior à Constituição, porque as regras de conflitos de leis são regras *técnicas axiologicamente neutras*, cujo sentido não é servir a justiça.

b) Outra contesta esta proposição. O DIP tem a sua tábua de valores, a sua própria justiça. Os seus preceitos não visam uma ordem qualquer, arbitrária, cega a valores, mas uma ordem que se reconduz a princípios e tende para a realização de fins, tais como: assegurar a estabilidade e continuidade das situações internacionais, tutelar as várias formas de intercâmbio entre pessoas e organizações integradas em países diferentes, criar condições favoráveis ao livre desenvolvimento do comércio jurídico internacional.

Dir-se-á que a justiça do DIP é de cunho eminentemente *formal*, nela predominando a componente da *certeza* e da *estabilidade* jurídica. As suas normas operam a escolha do direito aplicável por assim dizer de olhos vendados (CAVERS): não é seu intento confiar a apreciação dos “casos” à melhor lei, à que conduza a soluções mais justas, senão à que mais próxima estiver dos factos a regular. Ora não se vê que de um sistema de regras assim insensíveis aos princípios da justiça material possa aquilatar-se segundo a tábua de valores jurídico-materiais da lei basilar do Estado e em especial do ponto de vista das normas concernentes aos direitos fundamentais do homem.

Mas o argumento é improcedente. De facto, o actual DIP está muito distante da concepção clássica, para a qual ele era, na

verdade, um direito exclusivamente formal, indiferente ao conteúdo dos preceitos jurídico-materiais concorrentes. Ai estão a comprová-lo, em leis, em códigos, em projectos legislativos dos últimos decénios (no Cód. português, no Projecto brasileiro da lei geral de aplicação das normas jurídicas, na Lei húngara de 1952 sobre a família, na Lei checoslovaca de 1963, na Lei austríaca de 1979), as muitas regras de conflitos que mandam proceder à selecção da lei aplicável, de entre as várias que se indicam, tendo em consideração o resultado que adviria da aplicação ao caso concreto de cada um dos preceitos materiais em concurso.¹

Ora, se no momento presente o DIP se mostra assim aberto a juízos de valor jurídico-materiais, como admitir que ele possa ignorar princípios que, exactamente porque impressos na Constituição, figuram sem dúvida no quadro dos valores axiais do ordenamento jurídico? E este é seguramente o caso do princípio da igualdade entre as pessoas, e mais concretamente entre marido e mulher, na forma que lhe dão os arts. 3.º, II, da Constituição de Bona, e 13.º, n.º 2, e 36.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa.

Em oposição a este princípio, e olhando agora apenas ao caso português, estipulavam as normas de conflitos dos arts. 52.º, 53.º e 55.º do C. c. (relações entre os cônjuges, convenções antenupciais e regime de bens, separação e divórcio) que na falta de nacionalidade comum e de residência habitual comum dos esposos, deveria aplicar-se a lei pessoal do marido. Nessa hipótese, deixava, pois, de atender-se ao interesse da mulher na aplicação *do seu próprio estatuto pessoal*: havia conseqüentemente *privilégio* para uma das partes e *prejuízo* para a outra — havia clara *discriminação*.

Claro que a lei da mulher pode eventualmente conter um regime que lhe não seja tão favorável como o contido na lei do varão. Mas não é esse o problema. A questão a pôr é tão somente esta: averiguar se não constituirá discriminação entre marido e mulher o facto de se chamar o estatuto pessoal do marido, como tal e por que tal, a decidir assuntos do foro pessoal da mulher.

Também se não trata, obviamente, de convocar por esta razão a lei pessoal da mulher: se assim se fizesse, haveria igualmente discriminação, desta vez contra o marido. O que importa é congeminar um sistema em que as duas partes sejam postas em plano de igualdade. Foi por este caminho que enveredou o legislador português, e a opção tomada, face ao que precede, merece incontestavelmente aprovação.

¹ V. a nossa obra **DIP** — **Alguns problemas**, p. 47 ss.

14. Eliminou-se, por conseguinte, do elenco das conexões relevantes nas matérias indicadas, a nacionalidade do marido. A lei do marido substituiu-se, quanto às relações entre cônjuges, à separação e ao divórcio, a lei do país com o qual a vida familiar se ache *mais estreitamente conexas*. Diversamente, pelo que respeita às convenções antenuptiais e regime de bens, optou-se, na falta de nacionalidade comum e de residência habitual comum dos cônjuges, pela lei da primeira residência conjugal.

Nada temos a objectar à segunda solução, mas a que foi adoptada nos outros dois casos é de molde a suscitar algumas reservas.¹

Olhando ao conspecto geral do direito internacional comparado, verifica-se na verdade uma certa tendência, que tem vindo a reforçar-se nos últimos anos, para recorrer a esse conceito indeterminado da *conexão mais estreita* ou *mais significativa* (*the closest connection, the most real connection, the most significant relationship, die engste Beziehung*).²

a) Esta orientação está bem visível no 2.º *Restatement (Restatement of the Law, Second — Conflict of Laws)*. As mais das regras de conflitos do 2.º *Restatement* são *open-ended Rules*: normas abertas, deixando ao juiz largo espaço de liberdade na pesquisa da conexão que haverá de prevalecer em cada caso. Algumas dessas normas indicam uma pluralidade de elementos de conexão, cabendo ao juiz fixar o decisivo *in casu*, tendo em conta os critérios gerais enunciados na secção VI. Outras determinam a conexão em princípio relevante, mas permitem a aplicação de outra lei, quando se mostre que a situação concreta *sub judice* se encontra mais fortemente conexiada com ela. Semelhante a esta é a directiva consagrada nos arts. 4.º e 10.º da Convenção da CEE sobre a lei aplicável às obrigações contratuais e extracontratuais, assim como no art. 14.º do citado Projecto suíço.³

b) Numa linha pelo menos na aparência semelhante, a recente Lei austríaca sobre o DIP, já citada, proclama logo no começo o princípio de que as situações internacionais devem ser julgadas segundo o sistema de direito com o qual tenham mais forte ligação, acrescentando que todas as normas nela contidas devem ser vistas como expressão precisamente daquele princípio.

¹ Veja-se o nosso estudo *A revisão do Cód. civ. e o DIP, Estudos vários de direito*, p. 279 ss.

² *DIP — Alguns problemas*, p. 101 ss.

³ Cf. HOYER, *Die gemeinsamen Bestimmungen des schweizerischen IPR — "Gesetzesentwurfes, Annuaire Suisse"*, 1979, p. 48 s.

Por mim, creio porém que o alcance prático de tal declaração é limitado: consiste apenas em por esse modo se vincular o juiz a certo tipo de actuação no preenchimento das *lacunas* do sistema. É sob a égide do referido princípio, ou segundo a via metodológica por ele definida, que deverá proceder-se a essa integração — e não de conformidade com a teoria substancialista em qualquer das suas modalidades, ou com qualquer doutrina que por diferentes razões preconize o repúdio do método tradicional da conexão (pensemos na *governmental interest analysis*, de B. CURRIE).

c) Finalmente, ao princípio da conexão mais estreita poderá ser atribuída uma função subsidiária, tal como nos casos referidos em *a*, mas em termos mais mitigados. Ou seja: remeter-se-á o juiz para a procura da lei mais estritamente conectada com os factos, mas só em último recurso, isto é, só depois de comprovada a impossibilidade de os critérios conflituais consagrados na lei conduzirem à solução do problema.

Neste quadro, caberá referir antes de tudo a orientação do direito inglês e do direito alemão quanto à determinação da *proper law* do contrato, nos casos em que os contraentes não tenham indicado eles próprios a lei aplicável. Segundo os tribunais ingleses, deverá recorrer-se então (por consequinte, a título subsidiário) ao critério da *most real connection*, conforme doutrina que remonta a WESTLAKE, ou (para outros) ao da intenção presuntiva dos contraentes (DICEY); sendo certo que os elementos que relevam para a descoberta dessa intenção não podem divergir significativamente dos factores de localização objectiva (ou de “real connection”) do contrato. Na Alemanha, entende-se que deverá procurar-se em cada caso, sob invocação da vontade hipotecária das partes, a lei que, face à “situação objectiva dos interesses” (KEGEL) ou por corresponder à “mais forte combinação das conexões objectivas” do negócio jurídico (WENGLER), ressalta como a melhor titulada para o reger.¹

Outro caso será justamente o da regra de conflitos do actual art. 52.º, n.º 2, do C. c. português (relações entre os cônjuges), aplicável também, por força do art. 55.º, n.º 1, à separação de pessoas e bens e ao divórcio. Averiguada a falta de nacionalidade comum e de domicílio comum das partes, atender-se-á ao direito do país com o qual a vida familiar se ache *mais estreitamente conexas*.

Claro que o recurso a um conceito tão indeterminado e vago como esse da conexão mais estreita ou mais significativa, vibrará

¹ Cf. o nosso estudo *Considerações sobre o método*, cit., loc. cit., p. 315, nota 2.

sempre um golpe profundo na necessária clareza e certeza do direito: na desejada previsibilidade das decisões judiciais. Todavia, casos haverá decerto (pensemos na imensa variedade das situações com que deparamos em matéria de contratos) em que muito dificilmente se poderá renunciar a tal expediente. Propendo, no entanto, a crer que o legislador só o deverá utilizar depois de esgotadas todas as soluções razoáveis.

Ora justamente o legislador português não terá porventura procedido deste modo. Enfrentado com o problema resultante da necessária erradicação da nacionalidade do marido como elemento de conexão determinante na esfera das relações conjugais, bem como na da separação e do divórcio, teria ele podido prescrever que, na falta de nacionalidade e de domicílio comum dos cônjuges, se recorresse: a) à última nacionalidade comum, na hipótese de um dos cônjuges manter essa nacionalidade; b) ao último domicílio comum, em idênticas circunstâncias (veja-se neste sentido a citada Lei austríaca de 1979). E outras soluções mais, é certo que menos indiscutíveis, se poderiam ainda conceber.¹ De qualquer modo, o chamamento da lei da conexão mais forte ocorre, a meu ver, no âmbito do direito internacional privado português do matrimónio, um tanto prematuramente.

¹ Por todos, KEGEL, *IPR*, 4.ª ed., p. 369, 379 e 380.