

CONFLITOS DE LEIS PESSOAIS EM MATÉRIA DE DIVÓRCIO

Pelo DR. JOÃO MARQUES DA FONSECA BARATA

CAPÍTULO I

1. Os tribunais de um Estado aplicam normalmente o direito do ordenamento jurídico ao qual estão sujeitos. Assim, os tribunais portugueses, por via de regra, ao considerarem os pleitos que à sua jurisdição são submetidos, têm de ter presente o que, sobre a matéria, na lei portuguesa se estabelece e, de harmonia com esta decidirem.

Nem sempre, porém, deste modo deverão proceder.

O desenvolvimento da civilização da maior parte dos povos, com o correspondente aumento de intensidade e complexidade das relações internacionais, impôs como necessidade irremovível o reconhecimento, em dadas circunstâncias, de leis que, pertencendo a outras ordens jurídicas, nos Estados locais são recebidas e aplicadas.

Mas, se os tribunais dos vários Estados têm, por vezes, de fazer aplicação de direito estrangeiro (se bem que, em rigor, tal aplicação se não faça a esse título, mas através de um processo de incorporação que lhe confere a natureza de direito local), surge o problema de determinar as hipóteses em que se deverá recorrer a um ou outro direito.

Ora, o recurso a uma lei estrangeira só se justificará nos casos em que, em dada relação, existam elementos de conexão com ordens jurídicas de outro ou outros Estados, isto é, uma certa relação pode encontrar-se em contacto com vários ordenamentos jurídicos através dos seus elementos de conexão ou ligação.

Qual a lei que deverá ser aplicada, compete às normas de direito

internacional privado dizê-lo ou, no caso de se verificar a concorrência de várias leis, resolver o conflito que daí surja.

2. No problema que nos propomos estudar — o do divórcio de cônjuges com nacionalidades diferentes, com leis pessoais contrastantes, porque através de uma acção judicial se visa uma modificação do estado das partes — os cônjuges —, por imperativo de uma norma de conflitos (no direito português, os art.ºs 24.º e 27.º do Código Civil) somos levados a reconhecer, na matéria, a competência das leis nacionais dos cônjuges.

Sendo, porém, discordantes estas leis, por forma que permitindo uma delas o divórcio e não o reconhecendo a outra, estaremos em presença de um conflito de leis pessoais, cuja resolução implica saber a qual das leis deverá ser atribuída competência para tanto, ou se, presentes os mais variados critérios doutrinários, a cada uma delas se deverá pedir solução quanto ao cônjuge a que respeita, se de ambas fazer uma aplicação concordante, não esquecendo ainda se, por contrárias, elidindo-se, a uma terceira se deveria conceder competência.

Soluções possíveis que, a par de outras, têm sido postas, cada qual trazendo em seu socorro o recurso de argumentos que analisaremos.

As situações que encaramos, de os cônjuges se encontrarem sujeitos a leis pessoais diferentes, podem ter origem em vários factos.

Assim, e segundo algumas legislações, do casamento não resulta aquisição, por parte da mulher, da nacionalidade do marido, de tal sorte que, se os cônjuges anteriormente ao casamento não forem súbditos de um mesmo Estado, uma vez casados, manterão diferentes nacionalidades.

Se, posteriormente, for intentada uma acção de divórcio, porque tendo leis pessoais diversas, permitindo uma delas a dissolução da sociedade conjugal pelo divórcio, não a autorizando a outra, logo surge a questão de saber a que lei deverá confiar-se a resolução do problema, questão delicada que tem dado origem a prolongadas discussões entre os mais categorizados juristas.

Estaremos, então, em face de um conflito de leis pessoais.

Pode acontecer, porém, que marido e mulher tenham a mesma nacionalidade, porque antes do casamento já fossem nacionais de um mesmo país ou porque, pertencendo primeiramente a países dife-

rentes e, tendo, portanto, diversas nacionalidades, viesse a mulher a adquirir pelo casamento, a nacionalidade do marido, como na maior parte dos países da Europa é estabelecido pelos vários ordenamentos jurídicos.

Ora, bem pode acontecer que, por qualquer dos motivos expostos, tenham ambos os cônjuges a mesma nacionalidade e, contudo, ulteriormente, pela naturalização de um deles em país estrangeiro, cesse a referida comunidade que, quanto à nacionalidade, se verificava.

Como consequência dessa nova situação, à unidade de lei pessoal sucederá uma dualidade que pode ser origem de sérias dificuldades que, pelo que respeita ao problema do divórcio de que ora nos ocupamos, consistem em saber, na hipótese de serem discordantes essas leis quanto à admissibilidade da dissolução do vínculo conjugal, a que lei devemos reconhecer autoridade no assunto.

É, pois, mais um caso em que se verifica um conflito de leis pessoais em matéria de divórcio, situação de conflito que, como supusemos, surgiu em virtude de um dos cônjuges, por naturalização, adquirir uma nacionalidade diferente da que até então mantivera com o seu consorte, e que implicou a submissão, como foi dito, a uma lei pessoal que, da matéria que versamos, tinha diferente visão.

Pode, contudo, acontecer, que a mudança de nacionalidade, causa do conflito que nos importa resolver, se verifique em relação a ambos os cônjuges, mas adquirindo cada qual a sua nacionalidade, com a consequente sujeição a leis de diferentes Estados, com soluções contraditórias para o problema.

Estaremos, deste modo, em presença de um outro caso de conflito de leis pessoais.

Com este problema dos conflitos de leis pessoais anda relacionado um outro, vivamente debatido na doutrina, que consiste em saber se, em dadas hipóteses, não deve ser afastada a ideia de conflito, pela existência de um direito adquirido à dissolubilidade ou indissolubilidade do vínculo conjugal.

O problema põe-se nestes termos: se marido e mulher contraíram casamento sob o império de uma determinada lei que tratava de certa forma a questão da admissibilidade do divórcio, não haverá lugar à aquisição de um direito, precisamente nos termos em que por essa lei era reconhecido, de tal forma que, ainda no caso de mudança de nacionalidade de um ou de ambos os cônjuges, àquela

lei se deva reconhecer autoridade sempre que se trate de saber se é possível o divórcio ?

Como fàcilmente se compreende, a resposta a dar à interrogação formulada não pode ser indiferente ao problema dos conflitos de leis.

Não, certamente, na primeira hipótese que enunciámos de os cônjuges nunca terem tido a mesma nacionalidade, porque o interesse da dúvida que agora se apresenta está precisamente no facto de, a concluirmos pela existência de um direito adquirido, termos de reconhecer não constituir dificuldade a verificação de um conflito entre as leis pessoais actuais dos cônjuges, pois que à lei comum anterior seria deferida competência na matéria.

O que deixamos afirmado logo nos leva a podermos asseverar que o problema dos direitos adquiridos surge precisamente nos casos em que teve lugar uma mudança de nacionalidade de um dos cônjuges, com consequente aquisição de lei pessoal contrastante com a anterior, ou de ambos e que, nesta hipótese, tenham adquirido nacionalidades diferentes, com leis discordantes.

Creemos serem estes os únicos casos em que, à questão dos conflitos de leis pessoais em matéria de divórcio, interessa a dos direitos adquiridos.

O reconhecimento da existência de um direito adquirido, nos termos que expusemos, prejudicaria o problema dos conflitos de lei.

E, porque assim é, passaremos a investigar a existência ou inexistência do mencionado direito adquirido.

3. Como vimos, questão que interessa à resolução do problema dos conflitos de leis em matéria de divórcio é a de saber se, constituída que seja a sociedade conjugal sob o império da lei para tal competente, daí resulta a aquisição de um direito que haja de ser considerado e respeitado na hipótese de, por parte de um dos cônjuges, se verificar uma mudança de nacionalidade que implicando, em relação ao mesmo, sujeição a uma nova lei pessoal, esta, ao invés da anterior, permita a dissolubilidade ou a indissolubilidade do vínculo conjugal.

Na hipótese de os cônjuges possuírem a nacionalidade italiana, naturalizando-se a mulher francesa, poderá ela obter o divórcio de acordo com a sua nova lei pessoal, sabido que a lei nacional de seu marido considera o casamento indissolúvel ?

É uma questão que tem sido posta muitas vezes e que é evidentemente a mesma qualquer que seja o cônjuge que tenha mudado de nacionalidade. Questão debatida e a respeito da qual ainda não foi encontrada solução pacífica. O facto de o problema dos direitos adquiridos ser discutido pelos autores e encontrar consagração jurisprudencial nos dois sentidos, prova a dificuldade da sua resolução.

Como argumento no sentido da existência de um direito adquirido tem-se mencionado a natureza contratual do casamento.

Constituído o vínculo matrimonial sob o domínio de uma determinada lei, ainda que posteriormente um dos cônjuges mude de nacionalidade, tal facto de modo algum pode forçar o outro cônjuge às consequências de um acto que implica a sujeição a uma lei à qual não reconhece autoridade para reger a sociedade conjugal, uma vez que não foi sob o seu império que o casamento foi contraído. Isto à semelhança do que acontece com qualquer contrato de natureza patrimonial em que uma das partes não pode, por uma mudança de nacionalidade, de que deriva a sua submissão a uma nova lei, forçar a outra aos termos dessa mesma lei, a que esta se não vinculou nem quis vincular.

Deste princípio se fez uma aplicação ao casamento que, sendo um contrato, se apresenta como fonte de obrigações entre os cônjuges.

Na hipótese posta, quanto ao cônjuge que adquiriu a nacionalidade francesa, se para futuro o seu estado e capacidade devem ser regidos pela sua nova lei pessoal não resulta necessariamente que ele possa pedir o divórcio contra o seu cônjuge, que continua estrangeiro, e dissolver um casamento contraído de harmonia com os preceitos de uma lei que lhe garantia a indissolubilidade.

O casamento, como qualquer outro contrato, faz surgir obrigações a cargo das partes. Casando-se, os esposos contraem a obrigação de viverem indissolúvelmente unidos até à morte; esta é a principal das obrigações que eles contraem e é impossível não ver nela um efeito do casamento, efeito que não depende da vontade das partes mas que, sendo uma consequência legal de um contrato, como as suas consequências voluntárias, são reguladas pela lei que presidiu à sua formação (1).

(1) Audinet, *Recueil des Cours*, 1926, I.

E não prejudica esta afirmação o facto de uma nova lei de ser de aplicação imediata quando venha, em contrário ao anteriormente estabelecido, determinar a dissolubilidade do casamento por motivos que considera de interesse geral, porque então trata-se de um critério do legislador, de uma sua nova visão do problema, discutível, por certo, mas que de modo algum pode justificar que a um simples particular seja reconhecido igual direito, como resultante de um acto de mudança de nacionalidade.

Se verifica num ordenamento jurídico uma mudança de legislação, tal facto só pode significar que uma determinada situação foi encarada pelo legislador e resolvida no sentido que considerou mais oportuno ou mais justo e, assim, não resultando da sua imediata aplicação uma situação de desigualdade entre os cônjuges, uma vez que a ambos atinge.

E há que ponderar que a aplicação de uma nova lei pessoal do cônjuge, que pela naturalização sofreu uma alteração do estatuto pessoal, implica o reconhecimento da sua superioridade em relação à anterior, pretensão que contraria o princípio da igualdade jurídica dos Estados e do respeito mútuo que às diversas soberanias é devido, postulados sobre os quais assenta o direito internacional.

Há que ter presente que o cônjuge que muda de nacionalidade não é o único interessado, e temos de considerar os interesses e direitos do cônjuge que mantém a sua nacionalidade, pois que não os ter presentes seria contrariar todo o princípio de justiça. Reconhecer o direito de obter o divórcio ao cônjuge que adquiriu a nacionalidade francesa enquanto este direito é recusado ao que permanece italiano seria criar entre eles uma desigualdade absolutamente injustificada.

Quando se constitui a sociedade conjugal pode cada um dos futuros cônjuges estar sujeito a uma lei diferente cujas exigências têm de ser respeitadas mas, perfeito que seja o acto, constituída a sociedade conjugal, fica esta sujeita a uma nova lei nos termos da qual deve ser interpretada a vontade das partes, pois que só assim se alcança a unidade que é da essência do consentimento.

Contraído o casamento, acto contratual, sob o império de uma legislação que o considera indissolúvel, a cada um dos cônjuges é atribuído um direito a essa indissolubilidade, que o simples acto de mudança de nacionalidade por parte de um deles não prejudica, pois que um facto posterior ao matrimónio, a naturalização, não pode

retroagir nos seus efeitos para modificar uma situação regularmente adquirida.

A esta visão do problema, encarado do ponto de vista da contratualidade do casamento, foram opostas considerações de valor. Assim, afirma-se (2) que a tese do casamento contrato gerador de um direito adquirido, constituindo obstáculo ao divórcio, assenta, em realidade, sobre dois postulados, qualquer deles criticável, pois que se o casamento implica um acordo de vontades, importa também um acto da autoridade pública qualificada para regular os seus efeitos. Se, porque contrato, o casamento não pode sofrer alterações quanto ao seu estatuto, como explicar que, a verificar-se uma modificação de legislação no sentido de admitir o divórcio, a nova lei seja aplicável aos casamentos existentes ao tempo da sua promulgação? Como admitir também que, dando-se a mudança de nacionalidade em relação a ambos os cônjuges, se altere o regime da indissolubilidade, permitindo-se o divórcio, dado que ele seja consagrado pela nova lei pessoal comum dos cônjuges?

De concluir é que a ideia do contrato é impotente para fundamentar a existência de um direito adquirido à indissolubilidade.

O outro postulado sobre que se baseia a doutrina do direito adquirido à indissolubilidade, de que esta deve ser considerada como um efeito do casamento, resulta de um abuso de linguagem e de um erro.

Efeitos do casamento são o poder marital, a incapacidade da mulher, a presunção de paternidade, os deveres de fidelidade, de assistência, etc.; a dissolubilidade ou indissolubilidade do vínculo, porque estabelecida por lei, não pode contar-se entre os efeitos do matrimónio.

Se o casamento, à face de um certo ordenamento jurídico, é considerado como indissolúvel, afirmada fica, em princípio, a sua perpetuidade. No entanto, podem produzir-se após a sua celebração, factos novos, situações geradoras de consequências destrutivas do mesmo. Devem, casamento e divórcio, ser considerados como institutos diferentes, cada um dos quais com esferas de aplicação distintas e independentes.

(2) Perroud, *Journal du droit international privé*, 1922.

Excluída a dissolubilidade ou indissolubilidade do número dos efeitos do casamento, a questão apresenta-se-nos com outro aspecto quanto a saber se deverá ou não manter o carácter de perpetuidade a sociedade conjugal da qual uma das partes, pela naturalização em país estrangeiro, fica sujeita a um estatuto que lhe permite o divórcio.

A confusão resulta de apresentar o divórcio como uma sanção dos deveres conjugais, por consequência, como uma sanção dos efeitos do casamento e não como um instituto autónomo.

Todavia, estranha é a ideia de ao divórcio atribuir a natureza de sanção, pois que esta tem, habitualmente, por finalidade a execução de um direito ou de um acto, ao passo que, no caso de que tratamos, pelo divórcio, se obtém uma situação diametralmente oposta. Aliás, o divórcio não pressupõe sempre o desrespeito dos deveres conjugais, como é de concluir nos casos de doenças graves ou prática de certos crimes poderem servir-lhe de fundamento. O divórcio é, pois, perfeitamente concebível fora de toda a ideia de falta de um dos cônjuges para com o outro. Aparece como uma consequência de um facto posterior ao casamento e que a lei considera incompatível com este.

Do exposto é de concluir, porque o casamento não é um contrato ordinário nem a sua indissolubilidade deve ser considerada como um dos seus efeitos, pela inexistência de um direito adquirido a esta.

A mulher que, possuindo com seu marido a nacionalidade italiana, não podia obter, pela sua lei nacional, uma sentença de divórcio, naturalizando-se francesa, poderá consegui-la, sabido que a lei francesa reconhece este instituto, pela aplicação da sua nova lei pessoal, agora a única competente quanto ao seu estado e capacidade, e à autoridade da qual não poderá subtrair-se, pois que os direitos das pessoas devem ser regulados, excluído o caso de fraude à lei, pela lei que actualmente os rege.

Contestada deste modo a existência de um direito adquirido à indissolubilidade do casamento, outra ordem de considerações (3) foi produzida visando ainda o mesmo objectivo: a demonstração da impossibilidade de pôr termo a uma sociedade conjugal constituída ao abrigo de uma lei que não reconhece o divórcio.

(3) Fillet, *Traité de droit international privé*, vol. I.

A naturalização de um só dos cônjuges num país que admite o divórcio não pode justificá-lo se a lei do outro cônjuge a este o não permite, e isto porque, tendo o casamento sido celebrado, como por hipótese supomos, conforme à lei competente para o reger, deu origem à constituição de um «direito regularmente adquirido do ponto de vista internacional» e, por conseguinte, digno de ser reconhecido por todos os Estados.

Este direito não deixará de existir enquanto não for substituído por outro contrário, igualmente regular do ponto de vista internacional.

No caso da italiana que se naturaliza francesa, intentando, então, de acordo com o direito da sua nova nacionalidade, acção de divórcio, se este vier a ser decretado, não será relevante em relação ao ordenamento jurídico ao qual o seu marido continua ligado, não sendo, portanto, internacionalmente reconhecido. O divórcio válido à face da lei do Estado de que o mulher é agora súbdita é necessariamente nulo pelo que respeita à lei do marido. Não há, assim, lugar à constituição de um direito adquirido que tenha relevância internacional.

Os demais Estados continuarão a considerar como existente e válido o vínculo matrimonial que entre os cônjuges fora legitimamente constituído, não atribuindo efeitos a um divórcio que não operou modificação quanto ao estado do cônjuge que manteve a sua nacionalidade.

No entanto, afirma-se, reconhecendo-se a um dos cônjuges o direito de obter uma nacionalidade diferente, de tal acto deriva a aquisição de um novo estatuto pessoal, substituindo-se a uma única lei dualidade de legislação em matéria de relações matrimoniais, resultante da coexistência de dois estatutos diferentes (4).

Quaisquer que sejam os inconvenientes que possam surgir, devemos ter como um princípio que não admite excepções o de que o estatuto pessoal dos cônjuges é regido pela sua lei nacional, (não consideramos aqui a doutrina que defende o princípio da lei do domicílio como lei pessoal) desconhecendo-se, portanto, a existência de um direito adquirido.

(4) Alfred Droz, *Journal de droit international privé*, 1907.

Considerando os argumentos postos, observa-se (5) que para o problema da averiguação da existência de um direito adquirido à indissolubilidade ou dissolubilidade do vínculo conjugal não importa investigar se o casamento deve ser considerado como um contrato, pois reconhecida que fosse a sua natureza contratual, daí nada poderíamos concluir acerca da sua indissolubilidade, sabido que esta não é essencial ao conceito de contrato.

Também não é de aceitar a afirmação de que a indissolubilidade do vínculo conjugal, por ser estabelecida por lei, não deve ser considerada entre os efeitos do casamento, dos quais se menciona o poder marital, o dever de fidelidade, a incapacidade da mulher, a presunção de paternidade, deveres de assistência, etc..

A nenhuma razão de tal exclusão facilmente se aceita através da observação de que tanto os «efeitos» considerados como a indissolubilidade resultam da lei.

Devemos ter presente apenas a existência de um acto jurídico que dá origem ao estado de casado.

Do acto casamento resulta a constituição da sociedade conjugal que, por determinação da lei competente, por hipótese, estabelece a indissolubilidade do vínculo.

Mas, pergunta-se, estaremos em face de um direito adquirido?

Para examinar o problema posto, e porque se trata de uma sucessão de leis no espaço, como em todas as questões de direito internacional privado, deverá o intérprete colocar-se sucessivamente na posição de cada uma das partes, considerando os respectivos ordenamentos jurídicos.

Mas, estaremos, então, na presença de um direito adquirido? Aqui a dificuldade.

Refutando-se a existência de um direito adquirido, na hipótese que encaramos de uma mutação da lei pessoal de um dos cônjuges, que admite o divórcio contra o que a lei anterior comum estabelecia, afirma-se tratar-se de um *status*, ou seja, de uma condição jurídica protraindo-se no tempo e sujeita às variações que resultam das várias leis que se sucedem no espaço e se declaram competentes para regulá-la.

(5) Salvioi, *Rivista di diritto internazionale*, 1927.

Vaga e insatisfatória se mostra tal explicação na sua pretensão de recusar a existência de qualquer direito adquirido.

Em contrário se declara que, dada que seja a oposição entre as duas leis pessoais, consequência de um dos cônjuges ter mudado de nacionalidade, quebrando assim a unidade do estatuto conjugal, se a algum deles se impõe sacrifício da própria lei, por certo não será àquele que, para tal situação em nada contribuiu e que manteve a nacionalidade, mas antes ao que, tornando-se súbdito de outro Estado, deu origem à existência de leis pessoais diversas e contrastantes.

Mas a este pleito dos direitos adquiridos traz-se o subsídio de outras considerações.

Ainda mesmo no caso de uma mudança de nacionalidade de ambos os cônjuges e adquirindo estes uma nova lei que passa a ser comum, ainda nesta hipótese, à pretensão de um deles de obter o divórcio pode o outro opor a objecção de que, tendo sido o casamento contraído sob o domínio da primitiva lei comum, esta será competente na matéria.

Não obstante tal observação, tem-se entendido que na hipótese apontada em que tem lugar uma substituição da lei pessoal de ambos os cônjuges, lei sob o domínio da qual o casamento fora realizado, por uma outra com igual dignidade, não poderá ser invocada a lei anterior com vista à existência de um direito adquirido à manutenção do vínculo conjugal, por aquela considerado indissolúvel, em contrário ao que, pela nova lei, constitui direito dos cônjuges.

Argumento produzido em proveito da tese que contesta a existência de um direito adquirido à indissolubilidade ou dissolubilidade do vínculo conjugal e que será de ponderar.

Mais impressionante é a consideração de a hipótese da mudança de nacionalidade ser levada a efeito apenas por parte de um dos cônjuges que, usando do direito que o seu recente ordenamento jurídico lhe atribui, pretende obter o divórcio que a lei anterior lhe não reconhecia.

Entrará, então, em conflito com a lei do seu cônjuge, sua também ao tempo da constituição do vínculo conjugal, e ao abrigo da qual se pretende haver aquele adquirido um direito à indissolubilidade do matrimónio pois que, à sua face, o divórcio não é reconhecido.

No entanto, verificada que seja uma revogação do direito primeiramente interessado, passando a admitir-se o divórcio naquele ordenamento jurídico que o desconhecia, à pergunta da possibilidade de invocação do pretendido direito adquirido terá de responder-se negativamente.

Se a mulher, italiana, se afasta da nacionalidade que é comum a seu marido, e cujo direito não consagra o instituto do divórcio, e vem, invocando a lei francesa a que se encontra vinculada pela naturalização, requerer a dissolução do casamento pelo divórcio, poderá ser contestada a sua pretensão pela invocação da lei anterior, que o não permitia.

Discutível será a procedência de tal contestação mas, e é isto o que agora importa, o direito que lhe foi recusado pela afirmação da competência da lei que presidiu à formação da sociedade conjugal, deixará de o ser se, no próprio ordenamento jurídico do cônjuge que manteve a nacionalidade, vier a ter lugar uma revogação das normas que determinavam a indissolubilidade do casamento, perdendo este o seu carácter de perpetuidade absoluta pela admissibilidade do divórcio.

O direito adquirido à indissolubilidade do matrimónio não poderá mais ser invocado.

Este argumento já foi apresentado como decisivo e, de facto, não pode ser desconhecido, por convincente.

Aliás, se se fala de um direito adquirido importa determinar qual a ordem jurídica que decidirá da sua existência ou inexistência.

Ora, logicamente, só duas ordens jurídicas nos poderão informar a tal respeito: ou a do novo estatuto que decidirá se sob o império do estatuto anterior se deu origem a um direito adquirido, e, então, ficará na dependência do novo estatuto a apreciação da relevância jurídica das relações constituídas no domínio do primeiro estatuto, ou se atribui competência ao antigo estatuto mas, ainda assim, a questão de saber se o direito adquirido é respeitado é logicamente resolvida pelo novo estatuto.

Pode-se, evidentemente, exigir-lhe o respeito dos direitos adquiridos. Se, porém, tal respeito se não verifica — e há casos deste género em todas as ordens jurídicas — então conclui-se imediatamente que o respeito dos direitos adquiridos não é mais que um *postulado ético*

que fica muito bem nos manuais de direito internacional privado mas que para nada serve no mundo dos factos reais (6).

No caso acima apontado dos cônjuges italianos, dos quais a mulher se naturalizou francesa, não poderá invocar-se a existência de um direito adquirido em favor do marido, quanto à indissolubilidade do vínculo conjugal.

Determinamo-nos, pois, pela inexistência de um direito adquirido à indissolubilidade ou dissolubilidade do vínculo conjugal e socorremo-nos, para tanto, dos argumentos últimamente produzidos.

Como atrás deixamos dito, a questão dos direitos adquiridos em matéria de divórcio interessa ao problema dos conflitos de leis pessoais em matéria igualmente de divórcio e não pode ser desconhecida, nem deixar de ser previamente resolvida, pois que a admissão da sua existência importaria a negação de um conflito de leis pessoais.

CAPÍTULO II

Doutrinas que concorrem à solução dos conflitos de leis pessoais em matéria de divórcio

Numerosas são as atitudes e posições dos juristas perante o difícil problema dos conflitos de leis pessoais em matéria de divórcio, do que provém a existência das mais variadas doutrinas, cada qual apresentando, para o problema, uma solução, encarado certo aspecto ou tendo presentes determinados princípios.

Não pretendemos ser exaustivos, pois limitamo-nos a fazer referência àquelas que, pelo valor dos argumentos produzidos, mais debatidas têm sido e mais sequazes têm encontrado.

Doutrina da competência da lei do autor

4. Sabido que a lei pessoal é competente em matéria de estado civil, se um dos cônjuges vem a juízo requerer o divórcio, admitido este pela sua lei pessoal e verificadas que sejam as condições de

(6) Frankenstein, *Recueil des Cours*, vol. 33.

que a lei o faz depender, deverá o divórcio ser decretado, ainda mesmo que, pela lei pessoal do outro cônjuge, tal forma de dissolução da sociedade conjugal não seja reconhecida.

Esta solução impõe-se pelo respeito devido à lei pessoal do cônjuge que intenta a acção.

Em vão, porém, se procura descobrir em tal critério um fundamento de justiça.

A decisão para uma determinada hipótese fica na dependência da diligência dos cônjuges em instaurarem o pleito por forma que, havendo desarmonia entre as normas aplicáveis das respectivas leis pessoais, verá o seu intuito realizado aquele dos cônjuges que primeiramente venha a juízo; e, assim, a sentença variará conforme a lei aplicável segundo um critério que já foi comparado a uma «corrida de velocidade».

O juiz francês, ao pedido que lhe seja dirigido pelo marido italiano, cuja lei pessoal não reconhece o divórcio, no sentido de declarar indissolúvel o seu casamento com mulher francesa, desde que o critério adoptado é o da aplicação da lei do cônjuge autor, pelo respeito do mesmo, nada poderá opor àquela pretensão, ainda mesmo no caso de a lei da mulher admitir o divórcio.

E ainda, e sempre pelo princípio da aplicação da lei pessoal do cônjuge autor, se é a mulher francesa que, no uso de um direito que lhe é reconhecido, vem a juízo requerer o divórcio, não poderá o juiz indeferir o seu pedido em consideração à lei contrária do outro cônjuge.

E, em qualquer das hipóteses, proferida que seja a respectiva sentença, impossível se torna, posteriormente, dar satisfação à pretensão da parte contrária no sentido de obter uma sentença de harmonia com a própria lei pessoal, porque a tanto se opõe o caso julgado.

Se o cônjuge de nacionalidade italiana veio perante os tribunais franceses pedir uma declaração de indissolubilidade do casamento que houvera contraído com francesa, pela aplicação da lei pessoal do autor, o pedido foi julgado procedente.

De nada valerá à mulher francesa vir a juízo, confiada no direito que lhe é atribuído pela sua lei, solicitar sentença de dissolução do matrimónio: ser-lhe-á oposta a autoridade de caso julgado de que se reveste a sentença anterior. Por outras palavras: ser-lhe-á objec-

tado, não que a lei que rege o seu estado tal não permite mas, simplesmente, que o seu consorte, mais diligente, se antecipou, tornando irrealizável a sua pretensão que, todavia, seria conforme à sua lei pessoal.

Na hipótese de o autor ser o cônjuge francês, a sentença contrária consagraria o mesmo princípio, com as mesmas consequências desfavoráveis para o outro cônjuge.

Assim se ofende o princípio que se afirmou e que se procurou fazer respeitar, de que o estado das pessoas se rege pela lei do país de que são nacionais, pois que, se se declara indissolúvel o casamento por aplicação da lei de *A*, e contrariamente ao que dispõe a lei de *B*, a este se impõe uma lei que lhe é estranha e que está em conflito com os princípios que, na matéria, informam o ordenamento a que está sujeito.

Doutrina da aplicação exclusiva a cada uma das partes da sua lei pessoal

5. Considerada a crítica formulada contra a doutrina que afirma a competência da lei do cônjuge autor, procurou-se fugir-lhe sem, contudo, abandonar o princípio de que o estado e a capacidade das pessoas são regidos pela sua lei pessoal, isto é, sem deixar de ter presente que, tratando-se de uma questão de estado, haveria que respeitar as respectivas leis pessoais dos cônjuges.

Ao problema da dissolubilidade ou indissolubilidade do vínculo conjugal deve dar-se solução que não fira o estatuto pessoal das partes interessadas; e tal objectivo só se atinge mediante aplicação a cada um dos cônjuges da sua lei pessoal, por forma que, se a lei de um deles admite o divórcio, intentada acção no sentido de obtê-lo, poderá ser decretada a dissolução da sociedade conjugal, muito embora a lei do outro cônjuge, enformada por princípios diferentes, a tal se oponha, sem que, no entanto, tal solução implique desrespeito desde a segunda lei pessoal interessada.

E então se dirá que, por verificadas as condições de que, à face da lei do cônjuge *A*, se faz depender o direito ao divórcio, o casamento foi dissolvido quanto a este, cessando da sua parte direitos e deveres a que a ele, como cônjuge, eram reconhecidos e impostos, mas, pelo que respeita ao cônjuge *B*, de acordo com a sua lei pessoal

que define o casamento como um vínculo indissolúvel, ele permanecerá casado.

Assim, o casamento somente será dissolvido quanto ao cônjuge cuja lei nacional admite esse modo de dissolução do vínculo matrimonial. Deste modo se pretende evitar a objecção de que a um dos cônjuges se vai impor a lei do seu consorte, dividindo-se o seu estado civil por essa lei, à qual, para tanto, em princípio se não reconhecia competência.

Porém, evitando-se essa dificuldade, não se foge à inadmissibilidade de uma sentença decretar a dissolução do matrimônio só quanto a um dos cônjuges, continuando a considerar a parte contrária ligada pelo casamento a um individuo que pela mesma sentença deixará de ser cônjuge do primeiro.

É no intuito de afastar as objecções acima deixadas que uma outra modalidade desta doutrina se apresenta esclarecendo que a sentença de divórcio, nos casos de que se trata de os cônjuges possuírem leis pessoais constantes em matéria de divórcio, produzirá efeitos em relação a ambas as partes por forma que casamento dissolvido quanto a um dos cônjuges não subsistirá pelo que respeita ao outro.

Seria absurdo continuar a considerar vinculado pelo matrimônio um dos cônjuges quando, justamente em relação a esse casamento, uma sentença tivesse vindo declará-lo dissolvido.

Consequência que se impõe da sentença que decretou o divórcio é a insubsistência da sociedade conjugal em relação a ambos os cônjuges, por maneira que casamento dissolvido quanto a um dos cônjuges é casamento dissolvido quanto ao outro.

Simplesmente, não é necessário impor ao cônjuge, cuja lei estabelece o princípio da indissolubilidade do casamento, o estado de divorciado porque, se assim fosse, então, de novo seríamos abrangidos pela observação de que uma das partes veria regido o seu estatuto pessoal por lei diferente da própria.

Tal objecção, porém, na solução agora preconizada, não procede.

O casamento foi resolvido em relação a ambas as partes mas o divórcio decretado só o foi em relação àquele cônjuge que, de harmonia com a sua lei pessoal, podia assumir esse estado.

Pelo que respeita ao outro cônjuge, não houve divórcio porque a sentença proferida não vale contra ele como sentença de divórcio

mas sim como uma sentença que apenas verifica a existência de causas legítimas para a dissolução do matrimónio.

Aquele dos cônjuges contra o qual foi proferida a sentença de divórcio, em oposição à sua própria lei pessoal, não se encontrará na situação de divorciado, tão-pouco na de casado, mas numa situação *sui generis*.

Não tendo deveres conjugais, não pode exercitar quaisquer direitos conjugais em relação à outra parte, como esta também, por ausência de direitos, não terá deveres.

Mas, desta situação, não resulta para o cônjuge não divorciado a possibilidade de contrair novo casamento e isto pelo respeito devido à sua lei pessoal que não permite o divórcio como modo de dissolução do vínculo conjugal e porque o direito de contrair segundas núpcias não é consequência necessária dessa dissolução.

Quanto a este cônjuge do que se trata é de definir o seu estatuto pessoal e, para tanto, temos de nos socorrer da sua lei pessoal, única competente para o efeito.

Assim pretende esta corrente doutrinária (7) evitar a absurda solução de uma pessoa ser casada com outra pessoa enquanto esta última é livre em relação à primeira (8), solução primeiramente exposta, que não esquece o respeito devido aos preceitos das leis pessoais de ambos os cônjuges, e que fora o argumento apresentado na crítica movida contra a doutrina da competência da lei do autor da acção de divórcio mas, ainda assim, inaceitável pelas razões então aduzidas.

A doutrina que preconiza a aplicação a cada uma das partes da sua lei pessoal baseia-se, como vimos, principalmente, no seguinte argumento: o estado e a capacidade de uma pessoa são regidos pela sua lei pessoal e, dizendo o divórcio respeito ao estado das pessoas, àquela lei devemos deferir a competência na matéria.

Para apreciar a consistência das razões invocadas e para mais fácil exposição, admitimos a hipótese de a mulher francesa que intenta, perante os tribunais franceses, acção de divórcio contra seu marido, italiano.

(7) Frankenstein, *Recueil des Cours*, vol. 33.

(8) Pillet, *Traité de droit international privé*, vol. I.

Como é sabido, a pretensão da mulher não encontra obstáculo na sua lei nacional, o mesmo não acontecendo, porém, quanto à lei do marido que não reconhece o divórcio como meio de dissolução da sociedade conjugal.

Ora, de acordo com a doutrina que vimos a expor, o pedido de divórcio da mulher deverá ser acolhido favoravelmente pelo juiz francês que, considerando o pleito respeitar ao estado de cidadã francesa, pela aplicação da respectiva lei nacional, decretará o divórcio, depois de se certificar de que no caso *sub judice* se verificam as condições de que a lei faz depender o direito ao mesmo divórcio.

Assim procedendo, o juiz limita-se a fazer uma aplicação do direito internacional privado francês que determina que o estado e a capacidade dos cidadãos franceses são regulados pela sua lei nacional.

Porém, o mesmo princípio será de adoptar quanto aos estrangeiros e, então, pela aplicação da sua lei nacional, afirmaremos que o cônjuge italiano não poderá ser divorciado, por a tanto se opor essa lei que ao juiz francês cumpre aplicar.

Esta conduta apresenta-se como consequência de um princípio segundo o qual quando um legislador estabelece uma solução de conflito para uma hipótese apenas — por exemplo, para o nacional — se entende, no silêncio, que a mesma é admitida na hipótese inversa — por exemplo, para o estrangeiro.

Deste modo, ao mesmo tempo que a lei francesa, na matéria de que se trata, se declara aplicável aos franceses, declara implicitamente a lei italiana aplicável aos italianos.

É, no entanto, de um raciocínio verdadeiramente capcioso que se pretende alcançar o respeito simultâneo de duas leis competentes — contrastantes no seu conteúdo sobre a mesma relação.

Disse-se: a lei francesa admite que um cônjuge possa obter a dissolução do matrimónio — então aplica-se essa lei e o cônjuge francês ficará desligado do vínculo conjugal; a lei italiana do outro cônjuge não conhece o divórcio — aplica-se a sua lei e esse cônjuge continua a estar vinculado àquele matrimónio, isto é, continuará a ser o marido daquela mulher, a qual não será mais sua mulher.

Ora, se é verdade que a lei francesa — competente — de um dos cônjuges admite o divórcio, não é menos verdade que a lei italiana do outro cônjuge — competente segundo o próprio direito interna-

cional privado francês — o exclui; de forma que se poderá observar que, em tal hipótese, se o juiz pronuncia o divórcio, viola a norma de conflitos do seu próprio ordenamento que considera competente a lei italiana, não fugindo à mesma crítica pela decisão contrária pois que, então, desrespeita a mesma lei no que toca ao cônjuge nacional. Isto decorre da estatuição da norma de conflitos francesa que declara competente a lei substancial italiana — interessada como lei de um dos cônjuges, mas também a lei substancial francesa — lei pessoal do outro cônjuge.

Poderá admitir-se que uma pessoa esteja ligada pelo vínculo matrimonial com uma outra e que esta, ao contrário, esteja livre desse vínculo, quando existem dois ordenamentos diversos — por hipótese, o francês e o italiano — de tal modo que os dois indivíduos podem ser considerados divorciados pela lei francesa e casados pela lei italiana.

Mas diferente será o conceito formulado pelo juiz francês reconhecendo explicitamente que ao cônjuge italiano deve ser aplicado o seu estatuto pessoal, de modo que, no ordenamento francês, a mulher francesa esteja desvinculada do matrimônio, enquanto o outro cônjuge — o italiano — continua a ser seu marido.

Tal situação será concebível pois não é logicamente impossível que no mesmo ordenamento um dos cônjuges possa obter a dissolução do vínculo matrimonial enquanto o outro cônjuge não tenha esta faculdade e que, obtido da parte de um dos cônjuges o divórcio, este fique livre do vínculo matrimonial e possa contrair um novo matrimônio, enquanto o outro cônjuge continua vinculado ao casamento precedente (praticamente vinculado aos deveres, não aos direitos): serão situações estranhas mas, se o direito positivo as admite, o intérprete não tem mais que inclinar-se perante tais situações.

No entanto, estamos a supor perfeita equivalência de ambas as leis em conflito, isto é, estamos a supor que não temos razões que nos levem a preferir uma ou outra e, dada essa equivalência, se se afirma que o cônjuge francês tem o direito de obter a dissolução do vínculo matrimonial porque a sua lei nacional lho confere, não se deve esquecer que a lei do cônjuge italiano — aplicada por força da lei formal francesa — não reconhece a este último o direito de obter o divórcio, nem o sujeita a suportar o mesmo.

Ora, se há que ter presente que devemos atender não só ao conjunto das faculdades subjectivas mas também aos deveres subjectivos, o certo é que, se o cônjuge italiano não tem o poder jurídico de obter a dissolução do matrimónio, também não tem o dever de suportar esta dissolução, isto é, tem o direito de que vínculo matrimonial persista e de que o outro cônjuge continue a permanecer como tal.

O respeito da norma de conflitos francesa conduz a que ao cônjuge de nacionalidade francesa se aplique o seu direito nacional o qual permite a dissolução do casamento pelo divórcio e, assim, este será decretado mas, e sempre no propósito escrupuloso de proceder em obediência à mesma norma de conflitos, o juiz terá de aplicar, pelo respeito ao cônjuge italiano, a sua lei pessoal e, através desta, verifica não ser possível sujeitar esta parte às consequências derivadas de uma sentença que, dando satisfação à pretensão da mulher francesa, todavia, venha ferir um direito que o próprio juiz francês, por interpretação da norma de conflitos do seu ordenamento jurídico, reconheceu também competente para derimir o pleito.

Por outras palavras: quando o juiz francês afirma que a mulher tem o direito de obter o divórcio, isso se põe em opposição com a vontade do seu próprio legislador, porque à existência daquele direito é negado o correspondente dever do outro cônjuge de ficar sujeito à dissolução do matrimónio.

E um direito subjectivo a respeito do qual é negado, na própria legislação, a existência do correlativo dever, e, na verdade, inconcebível.

Assim chegamos ao resultado de, contra a intenção do legislador, ofender a própria norma de conflitos francesa.

Há, pois, contradição entre as duas disposições materiais do mesmo ordenamento — o ordenamento francês, como *lex fori* — normas uma das quais é o produto da vontade do próprio legislador francês que a promulgou, e sujeita os cidadãos franceses à sua lei nacional, outra, ainda pela mesma vontade, recebida de um ordenamento estrangeiro, por forma que tudo se passa como se no ordenamento jurídico francês houvesse contradição entre duas normas materiais, uma das quais concedesse a um dos cônjuges o direito de se divorciar e negando a segunda ao outro cônjuge a obrigação de suportar os efeitos do divórcio.

Desta sorte, contrastantes as duas disposições da lei, e por não haver razões para dar preferência a qualquer delas, anulam-se, impossível se tornando decretar o divórcio.

E o problema continua sem solução.

Doutrina da concordância ou da aplicação cumulativa das leis pessoais de ambos os cônjuges

6. No esforço de encontrar uma solução justa para o problema dos conflitos de leis pessoais, um outro sistema se apresenta.

Tendo os cônjuges leis pessoais diferentes e sendo o divórcio somente admitido pela lei de um deles, não poderá o casamento ser dissolvido por tal via pois que, assim como para a constituição da sociedade conjugal se torna necessária a capacidade de ambos os cônjuges, do mesmo modo, pelo que respeita à dissolução do matrimônio, ela só é possível se, tanto por parte da lei do marido como da da mulher, for admitido o divórcio.

Para a hipótese de diversidade de leis pessoais resultar de diferença de nacionalidades em virtude da naturalização de um dos cônjuges, por exemplo, do marido, em país cujo ordenamento jurídico admita o divórcio, sustenta-se que a aquisição de um novo estatuto não resulta a possibilidade de o casamento ser dissolvido pois que o estatuto da mulher, que não admite o divórcio, permaneceu inalterado.

Se, por hipótese, possuindo ambos os cônjuges nacionalidade italiana, o marido vem, pela naturalização em país estrangeiro, a adquirir um novo estatuto que lhe concede o direito ao divórcio, sabido que a lei italiana o não reconhece, ele não poderá obtê-lo porque, se o novo estatuto lhe permite o divórcio, o mesmo se não verifica quanto ao da mulher, que, mantendo-se italiana, é incapaz de se divorciar e, sem capacidade dos dois cônjuges, não poderá o casamento ser dissolvido em vida dos mesmos.

Esta doutrina não é, porém, de aceitar, pois se baseia na ideia de que a dissolução do casamento assenta nos mesmos princípios que a sua constituição, ideia errada como se verifica pelo exame das diversas legislações em que os requisitos da capacidade para o casamento em pouco divergem, o mesmo não acontecendo quanto ao

divórcio, pois há leis que estabelecem causas que outras não admitem, o que demonstra não haver analogia, muito menos paridade, entre a constituição do casamento e a sua dissolução.

Ainda em favor do sistema da aplicação cumulativa das leis de ambos os cônjuges em matéria de divórcio se invoca uma outra ordem de considerações.

A crítica acima feita à doutrina que afirma que o direito de pedir o divórcio deve ser reconhecido tanto pela lei do marido como pela lei da mulher para que seja viável a acção de divórcio não impede que uma solução semelhante seja apresentada e defendida usando, para o efeito, de outra argumentação.

Considerando que se trata de um problema que interessa o estado das pessoas, o defensor desta doutrina começa por fazer notar que importa distinguir entre *estado absoluto* e *estado relativo*.

O *estado absoluto* provém de uma circunstância simplesmente pessoal do interessado, como o estado de menor ou o estado de maior; pelo contrário, o *estado relativo* resulta da coordenação das qualidades de duas pessoas, como no *estado de filho* em que há que considerar uma relação que entre dois indivíduos se estabelece por forma tal que só é possível em relação a um dos indivíduos verificar-se essa condição ou *estado de filho* se, quanto ao segundo e por consideração do primeiro, se puder afirmar possuir este o *estado de pai*.

O mesmo se pode dizer quanto ao *estado de cônjuge* em que dois indivíduos de sexo diferente constituíram entre si um vínculo que a ordem jurídica reconhece atribuindo-lhe efeitos que se reflectem no mundo do direito de forma que tal estado só existirá em relação a uma das partes se, pelo que toca à outra, o mesmo se puder afirmar: se à qualidade de mulher (no sentido de esposa) corresponder quanto ao varão a qualidade de marido. Há, pois, uma coordenação das qualidades pessoais dos dois interessados.

A lei nacional é competente para regular o *estado absoluto* das pessoas; assim, se pretendermos saber se determinado indivíduo é maior ou menor, devemos recorrer a essa lei.

Pelo que respeita ao *estado relativo*, mais complexa se torna a sua regulamentação. À pretensão de regê-lo pela lei pessoal de uma

das partes teremos de responder negativamente, até mesmo pelo próprio conceito de *estado relativo*.

Se este se traduz na coordenação das qualidades pessoais de dois indivíduos, sob pena de contrariarmos essa coordenação, temos de concluir que, de modo algum, através da exclusiva consideração da lei pessoal de uma das partes, podemos determiná-lo.

Alguns exemplos servirão para tornar mais compreensível e impor o que fica afirmado.

Se um indivíduo que se arroga a qualidade de filho natural de outro vem a tribunal intentar uma acção de investigação de paternidade, ao abrigo do próprio ordenamento jurídico que lhe permite, mas em contrário ao do pretense pai, que não reconhece tal direito ou que não o admite nas circunstâncias verificadas, a procedência da acção teria como consequência vir atribuir ao pretense pai uma qualidade jurídica que à face da sua própria lei pessoal não era possível, pelo menos, por aquela via: o mesmo é que dizer que para regular o estado de um indivíduo — o pretense pai — era invocada e considerada competente uma lei que lhe era inteiramente estranha e que, à face do ordenamento jurídico a que se encontrava sujeito, nenhum título poderia invocar como justificativo da sua competência.

Idênticas considerações se podem produzir se, em vez de um caso de perfilhação, tivermos presente uma hipótese que conduza a uma modificação do estado de cônjuge.

A e *B*, casados, mantêm, contudo, nacionalidades diferentes, do que resulta a sua sujeição a leis pessoais diversas.

Se as divergências que entre essas leis pessoais existirem se manifestarem quanto à possibilidade de pôr termo à sociedade conjugal pelo divórcio, dado que seja a lei de *A*, marido, a admiti-lo, intentada por este a respectiva acção, a sentença que viesse a decretar esse divórcio viria impor ao cônjuge *B*, a mulher, um estado que a sua lei pessoal não reconhecia.

Chegaríamos assim à chocante situação de, contra o princípio de que o estado das pessoas se regula pela sua lei pessoal, impor a *B* a lei de *A*, o que seria ofender o princípio de que partimos, e que normalmente é seguido, de que o estado das pessoas é regulado pela sua lei nacional como lei pessoal, princípio que propugna por um escrupuloso respeito pelos direitos que aos indivíduos são reconheci-

dos pelos ordenamentos naturalmente mais idóneos para tal: os respectivos ordenamentos nacionais.

Situações destas, que importem ofensas das respectivas leis pessoais, tornam-se impossíveis pelo sistema cuja doutrina vimos expondo.

Sempre que se trate da modificação de um estado relativo não será legítima qualquer pretensão visando a aquisição de um estado que não seja reconhecido pela lei da outra parte interessada.

O critério a seguir é pois este: não visar a obtenção de um estado que a própria lei pessoal não admite e, ainda no caso de admiti-lo, não pretender impor um estado que pela lei da outra pessoa não seja reconhecido.

Deve, pois, fazer-se uma aplicação cumulativa das duas leis pessoais, procurando a concordância destas, se possível, sob pena de não ser procedente a pretensão em vista.

Só assim se respeitará o princípio de que o estado das pessoas se rege pela lei nacional das mesmas.

As soluções para as hipóteses acima postas tornam-se claras e apresentam-se como as mais justas. Assim, não será o pretense pai obrigado a reconhecer como filho a outrem quando a sua lei lhe não impõe tal dever ou encargo, muito embora considerado o problema à face da lei do pretense filho esta lhe reconhecesse o direito à acção respectiva.

No caso, que aqui mais nos importa, do divórcio, de igual modo não será possível obtê-lo desde que ao direito que um dos cônjuges invoca, baseando-se na própria lei pessoal que lho permite, não corresponder da parte do outro cônjuge a possibilidade de igual modo de dissolução do vínculo conjugal.

Não poderá, desta sorte, um dos cônjuges impor ao outro um estado que a lei nacional deste lhe não permite.

É esta doutrina formulada tendo-se em mente a ideia de que em matéria de estado se impõe o respeito das leis pessoais de ambas as partes interessadas.

Preocupação que, por certo, é digna de encómios.

Porém, a uma análise mais cuidada, a um exame mais detido das considerações aduzidas em favor da doutrina em causa, somos levados a concluir que ela não alcança o seu propósito, chegando até a contrariá-lo manifestamente.

Exposta nos termos em que nos é apresentada, pela aparência de que se reveste e pela intenção que afirma de escrupuloso respeito das leis pessoais em conflito, esta doutrina é, de facto aliciante. Mas só aparentemente, pois, na hipótese de um dos cônjuges vir, de acordo com um direito que pelo seu estatuto pessoal lhe é reconhecido, requerer o divórcio, se a lei do outro cônjuge o não permite, o divórcio não será decretado.

Então perguntar-se-á onde o respeito pela lei do cônjuge que intentou a acção de divórcio, sabido como por hipótese estamos a admitir, que tal lei se determina pela sua possibilidade, em certas circunstâncias que se verificam no caso *sub judice*.

Sem dúvida — a conclusão surge-nos como necessária — vai impor-se àquele dos cônjuges que vê a sua pretensão contrariada, uma lei que não tem autoridade para intervir definindo o seu estado.

Aliciante na sua aparência, dissemos; farisaica doutrina, diremos agora.

No entanto, é de reconhecer que a doutrina da aplicação cumulativa das duas leis pessoais, não obstante a crítica procedente a que dá lugar, será de seguir nos casos em que a uma das leis em causa não haja razões para atribuir superioridade sobre a outra, porque, através de tal sistema, se consegue fazer a máxima aplicação possível das duas leis interessadas.

Assim, no caso do indivíduo que pretende intentar uma acção de investigação de paternidade ilegítima, de acordo com a sua lei pessoal que lha permite, contra outrem de nacionalidade estrangeira, a acção será julgada improcedente se a lei deste não admite tais acções, e a verdade é que, não se ofendendo a lei pessoal do pretense pai, quanto ao pretense filho, também se lhe não impõe um estado que a sua lei não reconhece.

Porém, aqui as duas leis concorrentes devem ser tomadas no mesmo pé de igualdade.

Pelo que respeita à dissolução do casamento, pode, contudo, o problema apresentar outro aspecto.

Assim, não nos determinamos, quanto ao divórcio, de que tratamos, pelo sistema doutrinário que deixamos exposto.

Doutrina da competência da lei do marido

7. As soluções propostas para o problema da determinação da lei aplicável em matéria de divórcio quando os cônjuges têm leis pessoais diferentes, cuja crítica vimos fazendo, têm sido inspiradas pela consideração de uma equivalência absoluta das duas leis interessadas.

Posta a questão nestes termos, insuficientes se têm mostrado as doutrinas que se vêm esforçando por resolvê-la, com a agravante de atingirem, por vezes, resultados que estão em manifesta oposição com o propósito proclamado de respeitar os estatutos pessoais de ambos os cônjuges.

Até mesmo naquela modalidade da doutrina da aplicação cumulativa das leis pessoais de ambos os cônjuges em que há a preocupação de não impor a uma das partes um estado que a sua lei pessoal não permite, não se pode fugir a concordar que, afinal, concluindo não ser possível o divórcio quando este não é permitido por ambas as leis, tudo se passa como se ao cônjuge cuja lei pessoal permite a dissolução do vínculo conjugal se impusesse a lei do seu consorte, que a nega.

Ora, será legítima uma investigação no sentido de saber se, de facto, as duas leis pessoais em concorrência deverão ser tomadas no mesmo pé de igualdade, por forma que seja inteiramente impossível optar por uma delas ou se, pelo contrário, haverá razões de vulto que nos devam conduzir a uma distinção entre essas leis de que resulte, em certa medida pelo menos, a preferência de uma delas.

Crítério legítimo será o de terem presente a visão do legislador local em matéria de interesses da família, pois da constituição do estado de casado poderá resultar, e resulta certamente, uma diminuição dos direitos pessoais de cada um dos cônjuges, direitos que lhe eram atribuídos e reconhecidos pelas respectivas leis nacionais, como leis pessoais.

Do que deveremos concluir que não será de repelir a afirmação de que não haverá que respeitar inteiramente a lei pessoal de cada um dos cônjuges quando estão em causa os interesses da sociedade conjugal, que **sobrelevam em importância os simples interesses particulares de qualquer dos cônjuges, pelo relevo que, pela lei, àquela é atribuído, dada a sua função social.**

Ao passo que em qualquer outro ramo de direito privado aquilo a que o ordenamento olha é ao interesse do indivíduo, um fim individual e particular da pessoa, sendo o direito subjectivo atribuído e reconhecido em correlação e em função da necessidade particular a satisfazer, de modo que para qualquer obrigação existe um direito do titular e para todos os direitos se confere uma acção que se deixa ao livre arbítrio dos particulares—nas relações familiares, pelo contrário, o interesse individual é substituído por um interesse superior, que é o da família, sendo às necessidades desta e não às do indivíduo que em primeiro lugar atende a tutela jurídica.

Assim, autores têm afirmado que o direito de família se destaca nitidamente das restantes partes do direito privado e tende para o direito público.

Que se torne propriamente direito público não se pode afirmar, mas que se destaca do restante direito privado, de modo a constituir uma espécie à parte, não pode pôr-se em dúvida, havendo também quem afirme que o direito de família é direito privado, mas se apresse a acrescentar que, em muitos aspectos, se afasta dele. Assim, por exemplo, Crome, põe em evidência que os indivíduos são nele reconhecidos titulares de direitos e deveres, não como indivíduos, mas na sua conexão orgânica como membros da família, o que faz com que ao interesse particular do indivíduo se sobreponha o interesse superior da unidade a que pertence.

No caso do divórcio porque está em jogo a própria vida da sociedade conjugal, importa, sim, considerar à face da lei da família qual a solução que, para o problema deve ser encontrada, se bem que, em certa medida, não possa desconhecer-se a lei pessoal do cônjuge interessado, a qual, num primeiro momento, deve legitimar a sua pretensão ao divórcio.

Ora, procurando surpreender o pensamento da lei local reconhecemos que ao marido, na sociedade conjugal, é atribuída posição predominante.

Não que se procure proteger o marido de forma especial ou que haja o propósito de colocar a mulher em situação de inferioridade perante aquele.

Não são razões de ordem particular que motivam a situação de desigualdade em que os cônjuges se encontram no casamento.

A lei visa alcançar a unidade de direcção da sociedade conjugal,

pelo reconhecimento das vantagens que daí advêm para a família e, considerando o marido mais idóneo para assumir essa direcção,— pela própria natureza das coisas, diriam os canonistas — confere-lhe a dignidade de chefe de família.

Assim sendo, na determinação da lei da família devem ter-se presentes as considerações acima expostas e, em face delas e logicamente, considerar como lei da família a lei pessoal do marido.

Se no sistema da nossa lei o divórcio fosse considerado como uma sanção aplicada àquele dos cônjuges que tivesse infringido os deveres conjugais, facilmente justificaríamos a opção pela lei do marido como competente em matéria de divórcio, sem mesmo sairmos do campo dos interesses meramente individuais dos cônjuges, afirmando que a lei do marido, como lei de família é idónea para determinar os direitos e deveres conjugais, e a lei que estabelece deveres e direitos deve fixar as respectivas sanções.

No entanto, da consulta da lei torna-se nítido que o sistema consagrado no nosso direito não é o *divórcio sanção* mas antes o do *divórcio remédio*, que se apresenta como um meio de pôr termo a uniões conjugais infelizes, o que nos leva a afastar as considerações acima expostas.

Não sòmente interesses individuais mas outros mais elevados — os interesses da família — estão em jogo, pois o pleito vem pôr em causa a subsistência do vínculo conjugal, pela invocação de factos que se reputam suficientes para provocar a sua dissolução.

Tratando-se assim, de interesses da família, à sua lei devemos recorrer para averiguar em que medida os cônjuges, na defesa dos seus próprios interesses pessoais, não colocam estes em conflito com aqueles que, no critério da lei, a eles preferem pela sua transcendência.

Todavia, não será de concluir não terem relevância os interesses individuais que igualmente devem ser considerados, de harmonia com as respectivas leis pessoais para, como já foi dito, legitimar a pretensão de quem invoca direitos.

Há, contudo, que distinguir dois momentos.

De certo modo como consequência da afirmação tão reiterada de que o estado das pessoas deve ser regido pela sua lei pessoal, não seria de considerar o pedido de divórcio que não tivesse a justificá-lo

a disposição de uma norma do próprio estatuto pessoal do cônjuge autor, em que se baseasse.

Desta guisa, num primeiro momento, aquele em que o pleito é estimado do ponto de vista dos interesses dos cônjuges, devemos reconhecer a competência das suas leis pessoais.

E resolvida que seja satisfatoriamente a causa neste plano, há que encará-la na esfera mais elevada dos interesses da família. É então de aplicar a lei do marido, não solicitada a esse título, mas como lei da sociedade conjugal. Esta decidirá definitivamente da procedência ou improcedência do pedido de divórcio.

Tiveram-se presentes os interesses individuais permitindo-se que, em certas circunstâncias suficientemente graves, se pudesse alcançar a dissolução do matrimónio.

Reconhecendo-se, porém, que não podem ser esquecidos os interesses legítimos da família, sancionados pela respectiva lei à qual há que atribuir competência para determinar em que medida os interesses individuais que se pretende fazer valer não são incompatíveis com aqueles.

Será, pois, a lei da família a decidir em última instância se o divórcio pode ou não ser decretado.

Vejamos, através de um exemplo, como funciona este sistema.

A, italiana, intenta contra *B*, seu marido, de nacionalidade francesa, uma acção de divórcio.

É sabido que a lei italiana não permite o divórcio, sendo, no entanto, admitido pela legislação francesa. Francesa é a lei do marido e, de acordo com aquela corrente doutrinária que entende ser a lei do marido lei da família, a esta compete decidir da procedência da acção de divórcio pela mulher intentada. Deste modo, o divórcio deverá ser decretado.

Contudo esta solução baseada em semelhante raciocínio, não respeita os termos em que formulámos a doutrina de que pretendemos fazer uma aplicação.

Antes de examinarmos o problema à face da lei do marido, como lei da família, temos de estudá-lo tendo presentes os preceitos da lei pessoal da mulher concernentes à dissolubilidade ou indissolubilidade do vínculo conjugal.

Esta nos elucidará num primeiro momento. E, na hipótese que pusemos, o direito italiano — lei da mulher — não admite o divórcio,

pelo que não chega a interessar considerar a questão perante a lei do marido, porque a pretensão da mulher não teria fundamento jurídico a legitimá-la.

De outra forma haveria que proceder se, pelo contrário, a lei da mulher reconhecesse o instituto do divórcio como modo de pôr termo, à sociedade conjugal.

Então teria a lei do marido de intervir para esclarecer em que medida o pedido não contrariava o interesse da família, ou quais os limites que haveria de sofrer o exercício do direito pela mulher invocado.

Do exposto se verifica que há que distinguir dois momentos: o primeiro que respeita aos interesses pessoais dos cônjuges e que tem de ser resolvido em conformidade com as leis individuais das partes.

O segundo momento só será de considerar quando primeiramente se tenha encontrado uma solução favorável.

Se a lei pessoal da mulher consente o divórcio, somos levados a inquirir da lei da família resposta na matéria. Se esta permite o divórcio este será decretado; caso contrário, a solução inversa impõe-se.

É evidente que este segundo momento já não surge quando o autor é o marido porque, sendo a sua lei pessoal também a lei da família, a resposta que no primeiro momento obtivermos quanto à viabilidade da acção de divórcio, a mesma seria no segundo.

Interessa, pois, a distinção que fizemos dos dois momentos sempre que o cônjuge autor é a mulher porque, como já vimos, pode haver divergência de critérios entre a lei pessoal desta, que vem a juízo requerer o divórcio, e a lei que tutela os interesses da família — a lei do marido.