

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

STVDIA IVRIDICA

115

AD HONOREM — 9

ESTUDOS EM HOMENAGEM
AO PROF. DOUTOR
ANTÓNIO PINTO MONTEIRO

VOLUME IV

Varia

Organizadores:

FILIFE CASSIANO DOS SANTOS

PAULO MOTA PINTO

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA

FRANCISCO DE BRITO PEREIRA COELHO

PEDRO MAIA



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

INSTITUTO IVRIDICO

**ESTUDOS EM HOMENAGEM
AO PROF. DOUTOR
ANTÓNIO PINTO MONTEIRO**

Volume IV
Varia

STVDIA IVRIDICA 115

AD HONOREM — 9

Comissão Redactora

ALMEIDA COSTA — CASTANHEIRA NEVES — LOPES PORTO

MOURA RAMOS — FARIA COSTA

AROSO LINHARES — JOÃO LOUREIRO

Redactor Delegado

JOÃO CARLOS LOUREIRO

UNIVERSIDADE DE COIMBRA — BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

Edição apoiada por



CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO



ISSN 0872-6043

ISBN 978-989-9075-57-3 (Obra completa)

ISBN 978-989-9075-61-0 — Vol. IV

Depósito Legal n.º

Concepção gráfica

Ana Paula Silva

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ESTUDOS EM HOMENAGEM
AO PROF. DOUTOR
ANTÓNIO PINTO MONTEIRO

Volume IV

Varia

Organizadores:

FILIPE CASSIANO DOS SANTOS
PAULO MOTA PINTO
MAFALDA MIRANDA BARBOSA
ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA
FRANCISCO M. BRITO PEREIRA COELHO
PEDRO MAIA



2023



I
•
J

ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL E FILIAÇÃO SÓCIO-AFECTIVA

Afonso PATRÃO (*)
Dulce LOPES (**)

I. A Ordem Pública Internacional e o direito da família

A ordem pública internacional (OPI) é um instituto do direito internacional privado limita a aplicação de lei estrangeira, o reconhecimento de decisão judicial (ou arbitral) estrangeira, ou atos administrativos estrangeiros⁽¹⁾. No fundo, a remissão para uma lei estrangeira leva consigo uma ressalva de desaplicação na medida em que o resultado venha a lesar um princípio ou valor inderrogável do ordenamento nacional⁽²⁾. Este instituto visa, assim, proceder a um *controlo do resultado*: para invoca-

(*) Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito. ORCID 0000-0002-4624-9720.

(**) Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito. ORCID 0000-0002-4013-7859.

⁽¹⁾ Cfr. Dulce LOPES, *Eficácia, Reconhecimento e Execução de Actos Administrativos Estrangeiros*, Coimbra: Almedina, 2018, 449-469.

⁽²⁾ Cfr. António Ferrer CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra: Almedina, 2000, 406; Isabel de Magalhães COLLAÇO, *Direito Internacional Privado – Lições*, vol. II, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1958, 328; Luís de Lima PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, *Introdução e Direito de Conflitos – Parte Geral*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2014, 659; Dário Moura VICENTE, “Impugnação da Sentença Arbitral e Ordem Pública”, in Jorge MIRANDA *et al.*, ed., *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2012, 327-338, p. 336; Maria Helena BRITO, “As novas regras sobre arbitragem internacional. Primeiras reflexões”, in Jorge MIRANDA *et al.*, ed., *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2012, 27-49, p. 48; Helena MOTA, “A ordem pública internacional e as (novas) relações familiares internacionais”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra: Almedina, 2012, 261-284, p. 262; Paul LAGARDE, “Public Policy”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, Cap. 11, 1994, 3-61, p. 3; António Sampaio CAMELO, *O Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*, Coimbra: Almedina, 2016, 204; Max KELLER / Kurt SIEHR, *Allgemeine Lehren des in-*

ção da ordem pública internacional não basta que a lei estrangeira seja desconforme a normas imperativas da lei do foro ou que se conclua que a sentença estrangeira haja tomado uma opção diferente daquela que o tribunal estadual adoptaria; é necessário que o resultado a aquela conduza se tenha por intolerável em face dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico nacional⁽³⁾.

ternationalen Privatrechts, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1986, 536; P. B. CARTER, “The rôle of public policy in English private international law”, *International and Comparative Law Quarterly* 42/1 (1993) 1-10, p. 1; Jacob DOLINGER, “World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws”, *Texas International Law Journal* 17/3 (1982) 167-193, p. 167.

⁽³⁾ António Ferrer CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, 407; Luís de Lima PINHEIRO, *Direito Internacional...*, vol. 1, 665 e 668. Esta noção contemporânea da ordem pública internacional (OPI) – enquanto limite à aplicação de lei estrangeira por atenção ao resultado a que conduz – é apelidada de *conceção a posteriorística* da OPI. Não nos referimos, como se percebe, à sua *conceção a prioriística*, hoje ultrapassada. Segundo aquela noção, a ordem pública internacional seria constituída pelas leis que tutelam os valores mais fundamentais do foro e que, por isso, teriam aplicação territorial, independentemente de qual fosse o ordenamento jurídico designado como competente pela regra de conflitos.

O controlo do conteúdo da decisão – ou melhor, dos seus *efeitos* – por referência aos princípios fundamentais da ordem jurídica nacional ocorre *independentemente da questão de saber quais foram as regras aplicadas pelo tribunal estrangeiro*. O tribunal do foro desinteressa-se da sua determinação, não levando em consideração se aquelas constavam de lei estrangeira, de juízos de equidade ou de lei estadual: a fiscalização tem apenas em conta o *resultado* a que se tenha chegado. No fundo, o problema que se põe é o de saber se o resultado produzido pela sentença estrangeira é não apenas distinto daquele a que conduziria a mobilização da norma do foro, mas *inadmissível* face aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico nacional. Isto mesmo, aliás, foi declarado pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Setembro de 2017 – Revista n.º 1008/14.4YRLS.B.L.1.S1, a propósito da invocação da OPI como critério de anulação de uma sentença arbitral: “É indiferente o direito aplicado ao fundo da causa na sentença em questão, já que se trata apenas de saber se o respectivo resultado afronta, pelo seu conteúdo, princípios estruturantes da nossa ordem jurídica, a ponto de esta não poder tolerar que ela constitua solução válida e vinculativa para o litígio sobre que versou”. Trata-se, aliás, da prática jurisprudencial do STJ. Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do STJ de 26.10.1994, publicado no *Boletim do Ministério da Justiça* 440 (1994) 253ss.

É por isso que não há, na apreciação de uma sentença estrangeira por referência à ordem pública internacional, um *verdadeiro controlo de mérito*, mas um *controlo do resultado*: não está em causa a correcta aplicação do direito ou a regular apreciação dos factos, mas apenas a tolerabilidade dos efeitos da decisão. Neste sentido, Rui Moura RAMOS, “L’ordre public international en droit portugais”, *Boletim da Faculdade de Direito* 74 (1998) 45-62, p. 48; António Ferrer CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, 483; Isabel de Magalhães COLLAÇO, *Revisão das Sentenças Estrangeiras*, Lisboa: AAFDL, 1963, 37; Dário Moura VICENTE, “Competencia Internacional y Reconocimiento de Sentencias Extranjeras en el Derecho Autónomo Portugués”, in *Direito Internacional Privado – Ensaios*, vol. III, Coimbra: Almedina, 2010, 281-297, p. 294; José Robin de ANDRADE, “Anotação ao artigo 46.º”, in Dário Moura VICENTE, ed., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, 120-128, p. 127; António Pedro Pinto MONTEIRO, “Da ordem pública no processo arbitral”, in Rui Pinto DUARTE *et al.*, ed., *Estudos em Homenagem ao Prof. José Lebre de Freitas*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 589-673, p. 667; Giuseppe SPERDUTI, “Ordine Pubblico Internazionale e Ordine Pubblico Interno”, *Rivista di Diritto Internazionale* 37 (1954) 82-91, p. 84.

O fundamento do carácter estrito do conceito de *ordem pública internacional* liga-se a uma combinação da *tolerância* para com os sistemas jurídicos estrangeiros e seus referentes⁽⁴⁾, capaz de assegurar a estabilidade e continuidade das relações jurídicas plurilocalizadas sem as invalidar ou lhes recusar eficácia por serem distintas das conceções do foro⁽⁵⁾, com uma ideia de uma *intransigência* quanto ao cumprimento de certos referentes da comunidade jurídica do foro que se têm por inafastáveis⁽⁶⁾. Quer isto dizer que, na matriz da ordem pública internacional, não é o conteúdo da lei estrangeira que importa para determinar a respectiva actuação: “serão antes as circunstâncias ou os resultados de aplicação dessa lei ao caso concreto os factores decisivos do seu afastamento”⁽⁷⁾.

Ora, o direito da família é o ramo de direito que exprime os valores fundamentais enraizados numa determinada sociedade, motivo pelo qual é nesta área que se encontram diferenças mais profundas entre ordenamentos jurídicos, podendo encontrar-se exemplos de valores que são intoleráveis num determinado sistema, mas que são vitais em outros. Quando tal ocorra abre-se a porta à invo-

Todavia, o facto de o controlo se limitar ao *resultado* não implica que se olhe somente à parte dispositiva da decisão, porquanto o carácter chocante dos efeitos pode levar em conta os fundamentos da decisão – António Sampaio CAMELO, *O Reconhecimento...*, 211; IDEM, *A impugnação da sentença arbitral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 99; IDEM, *A Sentença Arbitral Contrária à Ordem Pública Perante a Nova LAV*, Coimbra: Almedina, 2017, (Direito da Arbitragem – Ensaios), 22; Assunção CRISTAS / Mariana França GOUVEIA, “A violação de ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais”, *Cadernos de Direito Privado* 29 (2010) 41-56, p. 56.

⁽⁴⁾ Cfr. Rui Moura RAMOS, “L’ordre...”, 46; João Baptista MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra: Almedina, 1999, 254; Isabel de Magalhães COLLAÇO, *Direito...*, vol. II, 330.

⁽⁵⁾ Yves LEQUETTE, “Le droit international privé et les droits fondamentaux”, *Droits et libertés fondamentaux*, 4.^a ed., Paris: Dalloz, 1997, 75-96, p. 93.

⁽⁶⁾ Hélène GAUDEMET-TALLON, “Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* 312 (2005) 10-488, p. 408.

⁽⁷⁾ Cfr. João Baptista MACHADO, *Lições...*, 265. No fundo, a censura da ordem pública internacional não se dirige à norma estrangeira mas apenas ao resultado da sua aplicação: “Não se trata, pois, ao menos em princípio, de excluir genericamente a intervenção de quaisquer leis estrangeiras em determinado sector do direito privado local, mas apenas de recusar a aplicação a certos factos concretos de certos preceitos jurídico-materiais em razão do seu conteúdo concreto – melhor: em consideração do resultado a que levaria a sujeição a tais preceitos da relação factual *sub judice*” (António Ferrer CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, 407, e “Anteprojecto de Capítulo relativo ao Direito Internacional Privado”, *Boletim do Ministério da Justiça* 24 (1951) 9-71, p. 68). No mesmo sentido, cfr. Rui Moura RAMOS, “L’ordre...”, 61; Luís de Lima PINHEIRO, *Direito Internacional...*, vol. I, 659 e 665; Dário Moura VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra: Almedina, 2001, 677-678; Paul LAGARDE, “Public...”, 21; Tito BALLARINO / Eleonora BALLARINO / Ilaria PRETELLI, *Diritto Internazionale Privato Italiano*, 8.^a ed., Milano: Wolters Kluwer – CEDAM, 2016, 109.

Assim, por exemplo, não ofenderá a ordem pública internacional do Estado Português a aplicação de uma norma estrangeira que estabeleça a capacidade nupcial aos 7 anos de idade se a nubente estrangeira tiver, à data do casamento, 33 anos. Pelo contrário, a mesma norma motivará certamente a invocação do instituto da ordem pública internacional se a nubente tiver 7 ou 8 anos de idade.

cação da ordem pública internacional negativa (nas situações em que um ordenamento jurídico recuse, porque contraria as suas concepções jurídico-fundamentais o resultado de aplicação das disposições de outro ordenamento, inviabilizando a constituição de uma situação à luz da lei estrangeira aplicável ou o reconhecimento de decisões adoptadas no estrangeiro) ou, inclusive, à invocação da ordem pública internacional positiva (quando o ordenamento jurídico do foro considere que o resultado impeditivo da constituição de uma situação à luz da lei aplicável viola as suas concepções jurídico-fundamentais, admitindo que a mesma possa vir a ser constituída⁽⁸⁾).

Deve notar-se, de resto, que os princípios de ordem pública internacional são mutáveis. O que não quer dizer que o instituto venha perdendo importância: se é certo algumas figuras do direito da família vão alcançando maior consenso (eg. aceitação do divórcio e de formas de divórcio que não dependem do consenso de ambos os cônjuges), outras realidades jurídicas continuam a abrir espaço à atuação da excepção de ordem pública (como o casamento entre pessoas do mesmo sexo que, mesmo no plano europeu, não é ainda objeto de ampla aceitação)⁽⁹⁾. A tendência é, porém, a de, perante reivindicações cada vez mais numerosas e distintas, que os modelos únicos ou perfeitamente estabilizados de família e de filiação sejam objecto de progressiva reconfiguração⁽¹⁰⁾.

II. A filiação sócio-afectiva do direito brasileiro e a invocação da Ordem Pública Internacional pelos tribunais portugueses

Segundo a lei brasileira, para além das formas que poderíamos apelidar de típicas da constituição da relação de filiação⁽¹¹⁾, foi introduzida a paternidade e maternidade sócio-afectiva, que designa a relação entre pais e filhos que se constrói sobre o afecto, os cuidados e a atenção ao longo da vida familiar⁽¹²⁾.

⁽⁸⁾ Vejam-se os exemplos dados por Cfr. João Baptista MACHADO, *Lições...*, 271-272, de lacunas reflexas abertas pela intervenção da ordem pública internacional (votos religiosos, *disparitas cultus*, disparidade de raça para efeitos patrimoniais) e a forma proposta da sua resolução. Recentemente entre nós, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de Setembro de 2021, proferido no processo 2152/20.4YRLSB-7, segundo o qual a proibição de adoção de uma criança resultante da decisão a reconhecer feria a ordem pública internacional do Estado Português.

⁽⁹⁾ Cfr. Dulce LOPES, “Relações entre a Convenção e o Direito Internacional Privado”, in Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, coord., *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. I, Universidade Católica Editora, 2019, 420.

⁽¹⁰⁾ Jean PINEAU, “L’ordre public dans les relations de famille”, *Les Cahiers de Droit* 40/2 (1999) 323–344.

⁽¹¹⁾ Não há, porém, consenso quanto a estas formas no plano internacional, como sucede com a adopção, ainda hoje recusada nalguns ordenamentos jurídicos de matriz islâmica.

⁽¹²⁾ O fundamento para o reconhecimento desta forma de filiação tem como base a Constituição Federal de 1988 que, no seu artigo 227.º, § 6º, reconheceu a igualdade entre as filiações, aliada a outras disposições constitucionais como o princípio basilar da dignidade da pessoa humana, e internacionais como a Convenção sobre os Direitos da Criança. Com base nestas disposições e es-

Exige esta nova realidade sócio-jurídica a existência do vínculo afetivo de paternidade ou maternidade através da verificação objectiva de elementos concretos entre duas pessoas com uma diferença de idade superior a 16 anos. A regulação da paternidade e maternidade socio-afetiva consta do Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça, de 14 de novembro de 2017, alterado pelo Provimento 83, da mesma entidade, de 14 de agosto de 2019.

Esta relação não depende de qualquer ligação biológica (Decisão do Supremo Tribunal de Justiça de 23.05.2017) e é possível acrescentar à paternidade biológica, permitindo a paternidade múltipla (Decisão do Supremo Tribunal Federal de 2016). É, contudo, necessária a demonstração de posse de estado, uma vez que se exige que essa ligação seja estável e exteriorizada socialmente, pelo apuramento objetivo de elementos concretos que a revelem. Como refere o artigo 10.ºA, § 2º daquele Provimento: “O requerente demonstrará a afetividade por todos os meios em direito admitidos, bem como por documentos, tais como: apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretense filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade – casamento ou união estável – com o ascendente biológico; inscrição como dependente do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida”, acrescentando o § 3º que, “a ausência destes documentos não impede o registro, desde que justificada a impossibilidade, no entanto, o registrador deverá atestar como apurou o vínculo socioafetivo”.

O reconhecimento desta forma de parentalidade não exige um procedimento judicial, sendo levado a cabo perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais, mediante parecer prévio do Ministério Público.

Acresce que apenas é permitida a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do materno, estando assim o reconhecimento registral dependente da limitação do máximo de dois pais e duas mães (biológico + socio-afetivo) no assento de nascimento. Contudo, o artigo 14.º § 2º admite que o cenário de multiparentalidade possa ser mais complexo, mas, nestes casos, a inclusão de mais de um ascendente socioafetivo deverá ser tramitada pela via judicial. Do mesmo modo, se o filho tiver idade inferior a 12 anos e se os pais biológicos não concordarem com o reconhecimento (se o filho tiver entre 12 e 18 anos) deverá o pedido ser tramitado judicialmente.

sencialmente por via de construção jurisprudencial, entende-se que o artigo 1.593.º do Código Civil que dispõe: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem”, inclui a filiação sócio-afetiva, como resulta do enunciado n. 256 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

Por último, é possível o reconhecimento *post mortem*, por via judicial, da filiação sócio-afectiva, se o falecido tiver expressado, de forma inequívoca, essa sua intenção em vida⁽¹³⁾.

A filiação sócio-afectiva concede todos os direitos associados à paternidade, incluindo os direitos sucessórios, razão pela qual a torna uma figura com especial relevância no plano internacional. Não se trata, afinal, de um instituto com mero intuito simbólico, mas sim com uma eficácia que se pode pretender projectar fora de portas. Efetivamente, não se encontra qualquer limitação no que se refere constituição da filiação sócio-afetiva quanto à nacionalidade ou residência seja do pai ou mãe sócio-afetiva, seja do filho, nem quanto à limitação da eficácia da decisão que reconhece aquela filiação.

O que significa que é possível que os efeitos resultantes daquele reconhecimento possam vir a ser invocados perante instâncias estrangeiras, seja registais, seja judiciais, no que concerne, por exemplo, à transcrição no registo daquela filiação, ou a pedidos de alimentos e a ações sucessórias.

Ora, foi o *reconhecimento* desta figura que motivou a invocação da ordem pública internacional pelo Tribunal da Relação de Lisboa, no acórdão de 14 de setembro de 2021 (proc. 561/21.0YRLSB-7), em processo de reconhecimento de sentença estrangeira⁽¹⁴⁾. Sumariamente, tratava-se de caso em que foi constituída, por ato do conservador do registo civil, uma relação *sócio-afetiva*, e na qual se pedia, em Portugal, o reconhecimento dessa mesma decisão e dos seus efeitos.

O Tribunal de Relação de Lisboa, após discorrer sobre aquela figura no ordenamento jurídico brasileiro, com abundantes fontes de ordem doutrinal, jurisprudencial e legislativa, concluiu que «A Constituição da República Portuguesa consagra vários princípios que confluem com o princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no seu artigo 1.º, como o princípio da protecção da família (biológica e adoptiva) pelo Estado, estatuinto no artigo 26º, n.º 1, que a todos é reconhecido, entre outros, os direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, sendo que o primeiro pressupõe e visa em primeira linha satisfazer os interesses próprios da pessoa que pretende conhecer a identidade dos seus progenito-

⁽¹³⁾ Neste sentido, decisão do STJ, de 19/04/2016, não disponível por se encontrar em segredo de justiça (https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-04-19_13-19_STJ-reconhece-a-paternidade-socioafetiva-post-mortem.aspx).

⁽¹⁴⁾ Não discutiremos, neste trabalho, a bondade de utilização desta via judicial para atribuição de efeitos ao ato constitutivo da filiação sócio-afetiva – que não reveste, no país de origem, natureza judicial, e que motivaria uma análise específica sobre os procedimentos a seguir internamente nestas situações, em especial à luz do recente Acórdão de uniformização de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 10/2022, de 24 de novembro de 2022 (proferido no processo 151/21.8YRPRT.S1-A), segundo o qual “a escritura pública declaratória de união estável celebrada no Brasil não constitui uma decisão revestida de força de caso julgado que recaia sobre direitos privados; daí que não seja susceptível de revisão e confirmação pelos tribunais portugueses, nos termos dos arts. 978.º e ss. do Código de Processo Civil”.

res e constituir o respectivo vínculo de filiação correspondente à verdade biológica, enquanto ponto fundamental da sua historicidade pessoal», e que, «ainda que a verdade biológica não seja um princípio dotado de valor absoluto – posto que o direito ao conhecimento da paternidade biológica e ao estabelecimento do respectivo vínculo jurídico pode ser confrontado com valores e interesses conflitantes também merecedores de tutela –, não deixa de ser estruturante de todo o sistema legal português da filiação, de modo que a jurisprudência portuguesa tem sustentado que o superior interesse do filho é o de que a sua filiação, em regra, seja estabelecida em conformidade com a verdade biológica, sendo este um interesse de ordem pública, enquanto elemento catalisador da organização jurídico-social vigente na sociedade portuguesa».

É nossa intenção, de ora em diante, curarmos essencialmente desta parte da decisão judicial proferida e, por isso, do controlo feito pelo juiz nacional da ordem pública internacional portuguesa.

III. A convocação da Constituição como critério definidor da ordem pública internacional

Visando combater a indeterminação da OPI, é frequente encontrar-se na jurisprudência uma ligação entre a *ordem pública internacional* e a Constituição. Sublinha-se que a violação da ordem pública internacional ocorrerá, as mais das vezes, quando se tenham transgredido os princípios que estruturam a Constituição em sentido material e, mais especificamente, os direitos fundamentais nela consagrados⁽¹⁵⁾.

Trata-se de uma conclusão inquestionável: muitos dos cânones tidos por inabaláveis da ordem jurídica pátria constam da Constituição; e é certo que os direitos fundamentais – atenta justamente a sua *fundamentalidade* – se têm por invioláveis, razão pela qual a sua ofensa por lei ou sentença estrangeiras implicará, as mais das vezes, a actuação daquela reserva⁽¹⁶⁾. Sobretudo tendo em consideração

⁽¹⁵⁾ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Setembro de 2017 – Revista n.º 1008/14.4YRLSB.L1.S1; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Março de 2017, proc. 103/13.1YRLSB.S1.

⁽¹⁶⁾ Neste sentido, Rui Moura RAMOS, “O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Teoria Geral do Direito Internacional Privado. Desenvolvimentos recentes”, in IDEM, ed., *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2002, 431-467, p. 455, e *Direito Internacional Privado e Constituição...*, 216; Luís de Lima PINHEIRO, *Direito Internacional...*, vol. I, 663; Gerhard KEGEL / Klaus SCHURIG, *Internationales...*, 533; Yves LEQUETTE, “Le droit...”, 88; Teun STRUYCKEN, “L’ordre public de la Communauté Européenne”, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris: Dalloz, 2008, 617-632, p. 625; António Menezes CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2015, 453; Paulo OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2010, 446; Luís Barreto XAVIER, *Sobre ordem pública internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, Lisboa, 1991, 66; Giuseppe BARILE, “Principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale e principi di ordine pubblico inter-

que o propósito da ordem pública internacional é, justamente, tutelar o reduto inviolável do sistema jurídico nacional⁽¹⁷⁾.

Todavia, cremos que a justaposição entre os casos de actuação da ordem pública internacional e os princípios constantes da Constituição não pode ser tida como critério para densificação da reserva de ordem pública internacional.

Por um lado, porque a Constituição não materializa um limite à invocação da ordem pública internacional, podendo esta atuar para tutelar valores que não sejam constitucionalmente garantidos⁽¹⁸⁾. Pense-se, por exemplo, na sua invocação para recusar a produção de efeitos a decisões sucessórias que não atribuam bens aos filhos do *de cuius*: não havendo uma imposição constitucional da legítima dos filhos⁽¹⁹⁾,

nazionale”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* 22 (1986) 5-20, p. 9; Gustavo MONACO, “A exceção...”, 245.

O que justifica a feliz expressão de Lima Pinheiro segundo a qual “as normas e princípios constitucionais, principalmente os que tutelam direitos fundamentais, não só informam mas também conformam a ordem pública internacional” e de que “Na medida em que a ordem pública constitui também um veículo para a actuação dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, o controlo da conformidade da decisão com a ordem pública internacional é imposto pela própria Constituição” (*Direito Internacional...*, vol. I, 663, e “Apontamento sobre a impugnação da decisão arbitral”, *Revista da Ordem dos Advogados* 67/ 3 (2007) al. b)).

⁽¹⁷⁾ Gustavo MONACO, “A exceção...”, 405. É aliás por isso que Luís Barreto XAVIER, *Sobre ordem...*, 51, defende não poder falar-se em conteúdo da ordem pública internacional: “o apuramento de uma violação à ordem pública implica olhar para o ordenamento jurídico na sua unidade: este é, assim, o referente da ordem pública”.

⁽¹⁸⁾ Neste sentido Giuseppe BARILE, “Ordine Pubblico Internazionale e Costituzione”, *Rivista di Diritto Internazionale* 56 (1973) 727-731, p. 728. Até porque, como sublinha Lima Pinheiro, os valores protegidos pela reserva de ordem pública internacional não têm necessariamente uma matriz ético-jurídica, podendo esta actuar para tutelar princípios fundamentais que prossigam finalidades económico-sociais, políticas ou outras (*Direito Internacional...*, vol. I, 666).

É certo que – numa ordem jurídico-constitucional como a portuguesa, em que a Constituição espelha a sede dos valores da comunidade – não será frequente a invocação da ordem pública internacional para tutelar valores ou princípios fundamentais que não tenham assento constitucional. Mas pode suceder quanto a princípios sedimentados e arraigados na sociedade, para os quais há forte convicção social de inderrogabilidade.

⁽¹⁹⁾ Com efeito, a doutrina não funda a protecção da legítima em normas ou princípios constitucionais, embora lhe reconheça natureza fundamental na orientação do direito português (cfr. Francisco Pereira COELHO, *Direito das Sucessões*, (policopiado), Coimbra, 1992, 313ss; José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 16; Helena MOTA, “Anotação ao artigo 2156.º”, Cristina Araújo DIAS, ed., *Código Civil Anotado*, Coimbra: Almedina, 2018, 213 ss; Jorge Pais de AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões*, 4.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2017, 262; Diogo Leite de CAMPOS / Mónica Martinez de CAMPOS, *Lições de Direito das Sucessões*, Coimbra: Almedina, 2017, 155 ss).

Mesmo os Autores que inferem consequências do texto constitucional para a regulação da sucessão legítimária não concluem pela sua imposição ao legislador ordinário. Capelo de Sousa, em 1977, entendia que a versão originária da Constituição implicava que cônjuge e outros dependentes ascendessem ao estatuto de herdeiro legítimário (cfr. “A Constituição e o Direito das Sucessões”, *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Lisboa: Petrony, 1977, 143-175, p. 173), embora no seu pensa-

a actuação da reserva de ordem pública internacional dá-se para proteger valores do ordenamento *não garantidos* na Constituição⁽²⁰⁾.

Por outro lado, porque é possível que a transgressão de certa norma da Constituição não provoque a actuação da ordem pública internacional (o que gerará, então, o problema de saber se, nesses casos, deve a Constituição actuar como *limite autónomo* a normas ou sentenças a reconhecer). É conjecturável que não se mobilize da excepção de ordem pública internacional (mesmo que lei ou sentença estrangeiras derroguem normas constitucionais) atendendo à *relatividade* daquele instituto⁽²¹⁾. Vejamos.

Em primeiro lugar, a invocação da ordem pública internacional depende da existência de uma conexão relevante com o ordenamento jurídico do foro, não podendo ser invocada, em regra, em situações incidentalmente julgadas neste país, apesar de totalmente constituídas e executadas à luz de um ordenamento jurídico estrangeiro (*Inlandsbeziehung*). Nestes casos, não pode a ordem jurídica do Estado do foro impor, numa situação com que não apresenta contactos relevantes, os seus próprios referentes⁽²²⁾. Neste contexto, é possível que a ordem pú-

mento mais recente apenas retire do texto constitucional o princípio da autonomia do testador e a necessidade de acautelar a sucessão familiar, reconhecendo ao legislador uma ampla margem para a modelar (não necessariamente através do instituto da legítima) – *Lições de Direito das Sucessões*, vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 122 ss. Carvalho Fernandes encontra na sucessão legítima o reconhecimento da relevância da família (que resulta dos artigos 36.º e 67.º da Constituição, o qual tem uma refração na instituição da sucessão legitimária ((*Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª Edição, Quid Iuris, Lisboa, 2012, p. 25 a 29), ideia que colhe o apoio de Rita Lobo Xavier (*Sucessão familiar na empresa*, Porto: Universidade Católica Editora, 2017, 21; *Planeamento sucessório e transmissão de bens à margem do direito das sucessões*, Porto: Universidade Católica Editora, 2016, 25).

⁽²⁰⁾ Cfr., entre muitos outros, o Acórdão do STJ de 23.10.2008, proc. 07B4545. De notar, ainda, que o Acórdão do STJ de 16.05.2018, proc. 2341/13.8TBFUN.L1.S1, sugere um reexame da jurisprudência em sede de invocação da ordem pública internacional, sobretudo em face da vigência de autonomia conflitual nas sucessões internacionais.

⁽²¹⁾ Neste sentido, Giuseppe BARILE, “Ordine...”, 729. Isto é, tem-se por ultrapassada a tese segundo a qual os princípios e normas constitucionais (mormente nos direitos fundamentais) integram – automática e necessariamente – o limite da *ordem pública internacional*. Sobre esta concepção, cfr. Rui Moura RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição...*, 224-225.

⁽²²⁾ Cfr. João Baptista MACHADO, *Lições...*, 262; António Ferrer CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, 60 e 413 (“Os preceitos da lei estrangeira designada pela norma de conflitos que se não coadunem com os direitos fundamentais consagrados na legislação portuguesa são seguramente inaplicáveis, porque contrários à ordem pública internacional do Estado português. Só que para tanto será indispensável que no caso de espécie se encontrem realizados os pressupostos de relevância da ordem pública. O primeiro desses pressupostos é naturalmente o facto de se tratar de valores de máxima importância do ordenamento jurídico do foro. Outro consiste na existência de urna conexão significativa da espécie a julgar com aquele ordenamento (teoria alemã da *Inlandsbeziehung*). A verificação destas condições é essencial para que possa dar-se resposta afirmativa a questão posta”); Isabel de Magalhães COLLAÇO, *Direito...*, vol. II, 335; Dário Moura VICENTE, *Da Responsabilidade...*, 683; Helena MOTA, “A ordem pública...”, 270; Luís Barreto XAVIER, *Sobre*

blica internacional não seja mobilizável em face da aplicação de normas estrangeiras que ofendem preceitos constitucionais, quando a ligação ao Estado do foro não é outra para além do local em que se pôs o problema: pense-se na aplicação de uma lei estrangeira que, em matéria matrimonial, viole o princípio da igualdade dos cônjuges (n.º 3 do artigo 36.º da Constituição) quando aquela família aqui se encontra ocasionalmente, em trânsito ou em férias⁽²³⁾.

Ademais, por força do seu *efeito atenuado*, a ordem pública internacional pode não intervir quanto ao *reconhecimento de certos efeitos* de uma situação jurídica já constituída que é, em si mesma, contrária a normas ou princípios constitucionais – pense-se, designadamente, na atribuição de um crédito alimentar decorrente de um repúdio de cônjuge ocorrido no estrangeiro e cujo exercício não é atribuído em condições de igualdade a ambos os cônjuges⁽²⁴⁾. Ora, tal implica um reconhecimento (ainda que mitigado) de situações jurídicas que *transgridem a Constituição*, demonstrando não ser esta o parâmetro necessário de actuação daquele instituto.

ordem..., 52; Gerhard KEGEL / Klaus SCHURIG, *Internationales...*, 521; Wolfgang WURMNEST, “Ordre public”, in Stefan LEIBLE / Hannes UNBERATH, ed., *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2013, 445-478, p. 469; M. Hans LEWALD, “Règles Générales des Conflits de Lois”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* 69/3 (1939 1939) 1-147, 123; Paul LAGARDE, “Public...”, 5, 23 e 31 ss.; Jan KROPHOLLER, *Internationales...*, 246.

No fundo, a natureza *nacional* da ordem pública internacional não pode desconsiderar os cânones básicos dos conflitos de leis e da coexistência e coordenação dos vários sistemas jurídicos (Rui Moura RAMOS, “L’ordre...”, 46), pelo que a integração necessária da Constituição no conceito de ordem pública internacional geraria uma ilimitada aplicação das normas do foro (Rui Moura RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição...*, 225).

É certo que, as mais das vezes, o facto de se aceitar a jurisdição sobre certo litígio em dado Estado implicará a existência de certa ligação a essa ordem jurídica. “Mas tal pode não se verificar, designadamente quando a competência internacional resultar de um pacto de jurisdição” – Luís de Lima PINHEIRO, *Direito Internacional...*, vol. I, 670.

⁽²³⁾ No mesmo sentido, António Ferrer CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, 60: “à norma da lei estrangeira designada como aplicável ao caso pela regra de conflitos da *lex fori* seria dada, em princípio, aplicação, independentemente de ela porventura colidir com um preceito constitucional sobre direitos fundamentais (como o que proíbe que os filhos nascidos fora do casamento sejam objecto de discriminação; como o que formula a regra da igualdade entre homem e mulher)”.

⁽²⁴⁾ João Baptista MACHADO, *Lições...*, 267; António Ferrer CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, 414-415; Rui Moura RAMOS, “L’ordre...”, 55, e *Direito Internacional Privado e Constituição...*, 217; Isabel de Magalhães COLLAÇO, *Direito...*, vol. II, 334; Helena MOTA, “A ordem pública...”, 268; Luís Barreto XAVIER, *Sobre ordem...*, 89; Claire STAATH, “La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* 10 (2010) 717-729, p. 721; Patrick KINSCH, “Droits de l’homme, droits fondamentaux et droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* 318 (2005) 1-331, p. 172; Paul LAGARDE, “Public...”, 38ss.

A tese do efeito atenuado da ordem pública internacional quanto às situações a reconhecer suscita dúvidas a Lima Pinheiro, que sustenta estar apenas em causa a *relatividade* da ordem pública internacional por referência à intensidade da conexão com o Estado do foro, a que nos referiremos de seguida (cfr. *Direito Internacional...*, vol. I, 672).

Por fim, a apreciação do carácter chocante do resultado depende da intensidade de ligação ao foro. Isto é, a conexão com o ordenamento jurídico do foro não constitui um requisito de *on/off* (determinando ou não a possibilidade invocação da ordem pública internacional), mas um factor que, no quadro da relatividade que caracteriza este instituto, implica graus de actuação mais ou menos exigentes⁽²⁵⁾. Pense-se no reconhecimento de uma sentença estrangeira que haja aplicado ao contrato de trabalho uma legislação que admite renovações de contratos a termo resolutivo de modo mais flexível do que aquele que se considera permitido pelo *direito à segurança no emprego* garantido pela Constituição: tal norma poderá implicar a invocação da ordem pública internacional quando o trabalhador seja português ou residente em Portugal, bem como quando o contrato aqui seja executado; mas mais dúvidas haverá quanto a saber se pode ser invocada num contrato de trabalho em que a única ligação ao foro é o local da sua celebração.

Estas considerações não põem em causa que, num sistema jurídico em que a Constituição tende a abrigar as normas e princípios fundamentais da ordem jurídica, não se verifique uma tendencial coincidência entre a invocação da excepção de ordem pública internacional e a previsão constitucional do valor protegido. Pelo contrário, “o conteúdo da ordem pública internacional tende a ser determinado à luz dos princípios constitucionais”⁽²⁶⁾, o que conhece aliás consagração

⁽²⁵⁾ Assim, não é indiferente para a concretização da ordem pública internacional que a ligação com o foro *exista* de forma ténue ou *exista* com um elemento de conexão mais intenso, porquanto a divergência entre as concepções de justiça do foro e aquelas que forem determinadas por critérios normativos distintos (nomeadamente estrangeiros) “seria tanto maior quanto mais forte fosse a ligação do caso com o Estado do foro” (cfr. João Baptista MACHADO, *Lições...*, 263). Isto é, a actuação depende “da intensidade dos laços que a situação apresenta com o Estado do foro” (Luís de Lima PINHEIRO, *Direito Internacional...*, vol. I, 670). Ora, “um determinado resultado pode ser manifestamente intolerável quando a ligação com o Estado do foro for mais intensa e já não o ser quando a ligação for menos intensa”. (*ibid.*, 671). No mesmo sentido, Rui Moura RAMOS, “L’ordre...”, 54; Isabel de Magalhães COLLAÇO, *Direito...*, vol. II, 334; M. Hans LEWALD, “Règles...”, 124; Luís Barreto XAVIER, *Sobre ordem...*, 90; Vasco Taborda FERREIRA, “Acerca da Ordem Pública no Direito Internacional Privado”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais* 10/1 e 3 (1957) 1-15 e 185-200, p. 8-9; Jacques MAURY, *L’éviction...*, 79; Jan KROPHOLLER, *Internationales...*, 246. De acordo com Sousa e Brito, esta relatividade da ordem pública internacional “é uma consequência do princípio constitucional da proporcionalidade em matéria de restrições a direitos fundamentais” (“O que é o direito para o jurista?”, in Jorge MIRANDA *et al.*, ed., *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2012, 27-57, p. 45).

O que dizemos não obsta a que, quando em causa estejam direitos fundamentais de especial importância, mesmo a mais ténue ligação do foro baste para que o resultado se tenha por intolerável. O que justifica, aliás, o facto de o funcionamento clássico da ordem pública internacional ser habitualmente suficiente para proteger a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sem que seja necessário indagar da sua actuação *autónoma* para limitar o reconhecimento de sentenças estrangeiras – cfr. Pierre MAYER, “La Convention européenne des droits de l’homme et l’application des normes étrangères”, *Revue Critique de Droit International Privé* 80/4 (1991) 651-665, p. 652; Dany COHEN, “La Convention européenne des droits de l’homme et le droit international privé”, *Revue Critique de Droit International Privé* 78/3 (1989) 451-483, p. 477.

⁽²⁶⁾ Cfr. Luís de Lima PINHEIRO, *Direito Internacional...*, vol. I, 669, e a sua consagração no Acór-

positivada em alguns sistemas⁽²⁷⁾. Do mesmo passo, quando em causa estejam direitos fundamentais de especial relevância⁽²⁸⁾ – de fonte constitucional, internacional ou europeia –, uma ténue ligação com o foro implicará, no quadro da relatividade da OPI, que se tenha por intolerável um resultado que os ofenda.

Assim, serão contados os casos em que, estando em causa um cânone positivado na Lei Fundamental, a ordem pública internacional não actua. Simples-

ção do STJ de 14.03.2017, proc. 103/13.1YRLSB.S1; António Ferrer CORREIA, “A revisão do Código Civil e o direito internacional privado”, in *Estudos Vários de Direito*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982, 300, que ensina ser na área dos direitos fundamentais “que a ordem pública internacional parece encontrar o seu campo de eleição”; José de Sousa e BRITO, “O que é...”, 40 (“a ordem pública internacional é essencialmente determinada num Estado de direito pelas normas constitucionais sobre direitos fundamentais”); Elsa Dias OLIVEIRA, *Da responsabilidade...*, 626; Florbela de Almeida PIRES, *Conflitos de Leis – Comentário aos artigos 14.º a 65.º do Código Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 44; Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, *Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 216.

Tal ideia recolhe o apoio de Rui Moura RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição...*, 216, o que em nada contende com o facto de o Autor ver na Constituição um limite autónomo ao direito de conflitos, admitindo o controlo de constitucionalidade de norma estrangeira *mesmo para além da actuação da reserva de ordem pública internacional*.

⁽²⁷⁾ Cfr. §6 da EGBGB que, na sua segunda parte, concretiza a *ordem pública internacional* na violação de direitos fundamentais: “Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist” (itálico aditado).

Deve notar-se, todavia, que a aplicação desta parte tem tido em conta as características da OPI, nomeadamente a sua *relatividade* e a *necessidade de conexão relevante com a ordem jurídica alemã*. O que não põe em causa que, em face da importância dos valores envolvidos, se possa concluir pela intolerabilidade do resultado de lei estrangeira em casos em que a intensidade de ligação ao foro seja menos pronunciada. Cfr. Luís de Lima PINHEIRO, *Direito Internacional...*, vol. I, 684; Luís Barreto XAVIER, *Sobre ordem...*, 66; Jan KROPHOLLER, *Internationales...*, 252 (“Es kommt vielmehr darauf an, ob die Grundrechtsnorm im Einzelfall Anwendung beansprucht, namentlich unter Berücksichtigung der Gleichstellung anderer Staaten und der Eigenständigkeit ihrer Rechtsordnungen. Somit kann eine den Besonderheiten des Falles, insbesondere dem Grad der Inlandsbeziehung [...] angepaßte Auslegung der Grundrechte angezeigt sein”); Rainer FRANK, „Die zeitliche Relativität des Ordre Public“, *Mélanges Vrellis*, 2014, 287-297, p. 288 („Weist ein Fall nur einen geringen Inlandsbezug auf, kommt eine Verletzung von Grundrechten weit weniger in Betracht als bei einem Fall mit starkem Inlandsbezug. In der Literatur wird deshalb auch von einer „räumlichen“ oder „örtlichen“ Relativität des Ordre Public gesprochen”); Paul LAGARDE, „Public...“, 47.

⁽²⁸⁾ Nas palavras de Moura Ramos, é aqui “de grande utilidade a distinção – feita por grande parte da doutrina – que separa nos direitos fundamentais os *Menschenrechte* dos *Bürgerrechte*: à sua luz se compreenderá facilmente que apenas os primeiros – os direitos de todos os homens – podem aspirar a ser plasmados em todos os casos que venham a ser sujeitos à actividade julgadora dos tribunais, restando aos demais uma eficácia limitada às situações em que os titulares dos direitos fundamentais feridos pelo direito estrangeiro chamado pela regra de conflitos sejam cidadãos nacionais ou eventualmente estrangeiros residentes no território do foro” (*Direito Internacional Privado e Constituição...*, 233). No mesmo sentido, Jacob DOLINGER, “World...”, 175.

mente, tal é um efeito da *fundamentalidade* dos valores aí consagrados e não da respectiva fonte⁽²⁹⁾.

Referindo-nos ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, na parte em que discorre sobre a filiação à luz da Constituição da República Portuguesa, sobressai a referência ao seu artigo 26.º, n.º 1, que estatui que a todos é reconhecido, entre outros, os direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, enquanto corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. Tem sido este um dos argumentos essenciais convocado nas situações em que se discutem os modelos tradicionais de família e de filiação estabelecidos na legislação portuguesa⁽³⁰⁾. Em face da tensão e imprescindível harmonização entre direitos e princípios, muitos deles com acolhimento constitucional, enfatiza aquele Tribunal que “Como tem sido salientado pela jurisprudência constitucional, a verdade biológica, que estrutura todo o sistema legal da filiação, não é um princípio dotado de valor absoluto, que o leve a sobrepor-se a todos os demais. Além de não se lhe atribuir autónoma dignidade constitucional, suscetível de fundamentar, por si só, um juízo de inconstitucionalidade (Acórdãos n.ºs 589/2007, 446/2010, 441/2013), pode ser contrariado para satisfazer outros interesses dignos de tutela, como o interesse do concreto filho, o interesse de não perturbar a “paz das famílias” ou a estabilidade sócio-afetiva de uma relação jurídica que não tenha fundamento em vínculos biológicos”.

Contudo, prossegue referindo que “não obstante o possível reconhecimento da relevância da ligação socioafetiva em sede de estabelecimento da maternidade ou paternidade no direito português, seguro é que, em Portugal, as formas de reconhecimento de filiação são a filiação genética e a filiação adoptiva, não sendo reconhecida a filiação socioafetiva, nomeadamente, a posse de estado de filho, como fundamento do estabelecimento da paternidade ou maternidade, pelo que não deixa de se impor, enquanto direito fundamental constitucionalmente protegido, o direito à identidade pessoal, sob a vertente do conhecimento da genética própria, com reflexo em todo o sistema português de filiação, de modo que o reconhecimento de uma maternidade socioafetiva colidirá com este princípio fundamental do Estado Português”. Concluindo que “tem de se reconhecer que a verdade biológica é um dos princípios estruturantes de ordem pública do direito da filiação do Estado Português (ainda que sem expressa consagração constitucional), princípio prevalente, ainda que não absoluto, de modo que o nosso ordenamento jurídico tende para a correspondência da atribuição ju-

⁽²⁹⁾ Neste sentido, Giuseppe BARILE, “Ordine...”, 729; Paul LAGARDE, “Public...”, 46; Dário Moura VICENTE / Maria Helena BRITO, “Application of Foreign Law in Portugal”, in Carlos ESPLUGUES MOTA / José Luis IGLESIAS BUHIGUES / Guillermo PALAO MORENO, ed., *Application of Foreign Law*, Sellier – European Law Publishers, München, 2011, 301-315, p. 309. É também esta a conclusão de Kinsch, ao analisar a jurisprudência dos Estados europeus (“Droits...”, 192).

⁽³⁰⁾ Anote-se que, curiosamente, é também o princípio da dignidade da pessoa humana, nas suas várias dimensões, um dos argumentos essenciais para o acolhimento da filiação sócio-afetiva no Brasil.

rídica da filiação biológica com a filiação biológica efetivamente existente, isto é, pretende-se que o pai e a mãe juridicamente reconhecidos sejam, realmente, os progenitores, os pais biológicos do filho” e que “reconhecer, ao lado da filiação biológica, uma filiação socioafectiva significa arredar do ordenamento jurídico português a preponderância da verdade biológica, enquanto vertente do direito fundamental à identidade pessoal e aceitar a relevância dos laços socioafectivos para o estabelecimento da filiação, em manifesta contradição com o princípio estruturante do direito de filiação português”.

O Tribunal parte, portanto, do pressuposto da preponderância da verdade biológica à luz da Constituição da República Portuguesa para, com base nesse princípio, que considera estruturante, arredar quaisquer efeitos a uma relação de filiação sócio-afetiva reconhecida à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Vejamos se é esse o *iter* envolvido na aferição da violação da ordem pública internacional do Estado Português.

IV. A bondade da invocação da ordem pública internacional no caso concreto.

Desde logo, temos dúvidas em afirmar que o princípio da verdade biológica é de tal forma um princípio estruturante da ordem jurídica portuguesa que possa, pela sua mera invocação, impedir o reconhecimento de institutos jurídicos estrangeiros. Sobretudo porque, de acordo com a legislação nacional, há abundantes situações que mostram uma progressiva aceitação de desvios àquele princípio. E é aqui particularmente relevante o texto, abundantemente citado no Acórdão, da autoria de Guilherme de Oliveira⁽³¹⁾, que, apesar de recusar, de momento, a aceitação da parentalidade sócio-afetiva no ordenamento jurídico português, não deixa de reconhecer que o direito nacional contém os ingredientes típicos para que essa evolução venha a ocorrer.

Entendamo-nos. O que se pretendia com o presente aresto era o reconhecimento de uma situação constituída no estrangeiro, de acordo com a legislação aplicável e não a constituição daquela no nosso ordenamento jurídico à luz dos referentes internamente mobilizáveis. E se, aqui, as formas de satisfazer o “interesse superior da criança” não passam pela constituição da filiação sócio-afetiva, instituto desconhecido no nosso ordenamento – mas antes por via de outros institutos de natureza tutelar como a confiança a terceira pessoa (artigo 1907.º do Código Civil), da instauração da tutela (artigo 1921.º do mesmo Código), do apadrinhamento civil (instituído e regulado pelo Decreto-Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro), ou da confiança em vista de adoção –, não é da aplicação do nosso direito que se trata, mas sim do reconhecimento de uma situação constituída no Brasil.

⁽³¹⁾ Guilherme de OLIVEIRA, “Critérios Jurídicos da Parentalidade”, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, em especial p. 303-306.

Nestas situações de reconhecimento, por força do já referido *efeito atenuado* ordem pública internacional, esta pode não intervir quanto ao *reconhecimento de certos efeitos* de uma situação jurídica já constituída. Podendo tal ocorrer mesmo que, concedamo-lo, a situação seja contrária a normas ou princípios constitucionais, no caso ao princípio estruturante da verdade biológica.

Com isto não se abre um fosso no ordenamento jurídico nacional quanto à constituição das relações de filiação, uma vez que as opções nacionais, ainda que de nível constitucional, permanecem intocadas. Abrir-se-á, quando muito, uma pequena fissura naquele ordenamento, tendo por base o acolhimento no foro do resultado de opções jurídicas estrangeiras que não têm nele paralelo, mas que por ele não são *fundamentalmente* recusadas.

E se estas opções vindas de fora podem vir a exercer pressão tal que a legislação nacional venha a ser alterada (pense-se no que sucedeu com o casamento entre pessoas do mesmo sexo ou com a gestação de substituição), tratar-se-á sempre de uma opção interna do legislador, motivada no devir social e na mudança de concepções axiológicas que acompanham inevitavelmente aquela evolução. Pretender estancá-la ao decantar um princípio constitucional da verdade biológica que, reconhecidamente, não é absoluto, parece-nos indesejável. Não beneficia a própria ordem jurídica portuguesa, que se quer pluralista e aberta ao direito estrangeiro. E não beneficia primacialmente, a criança que se vê envolvida numa situação de grande incerteza, ao ver os direitos que lhe foram previamente reconhecidos amputados num ordenamento jurídico que, pelo menos no que se refere aos principais referentes constitucionais, não é estruturalmente diferente do brasileiro. É que se a filiação sócio-afectiva é ainda vista como *extravagante* à luz da legislação portuguesa, não se vê como se poderá ter por *espúria* ou *intolerável* à luz dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico português, em especial à luz dos mecanismos vários que, no plano nacional e internacional, cada vez mais se acantonam para promover o superior interesse da criança.

Outro ponto que é de particular importância prende-se com a circunstância, também ela já analisada, de a ordem pública internacional não ter como finalidade a censura a um instituto jurídico estrangeiro, por muito que este seja desconforme a normas imperativas da lei do foro, ou a uma sentença ou decisão estrangeira que haja tomado uma opção diferente daquela que o tribunal estadual adoptaria. É imperioso que o resultado a que aquela conduza se tenha por intolerável em face dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico português para que se recuse o reconhecimento.

Ora, dos dados que pudemos recolher no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, resulta que “a decisão revidenda foi proferida no contexto de um procedimento administrativo de reconhecimento de filiação socioafectiva quanto à menor D, relativamente a quem estão estabelecidas a maternidade e a paternidade biológica, tendo sido reconhecida, além dos progenitores biológicos, a maternidade socioafectiva concernente à requerente, sendo adicionados ao registo civil os nomes

dos avós socioafectivos”. Seria à luz destes dados e de outros considerados relevantes, que o Tribunal deveria ter firmado a sua convicção segundo a qual, em face das circunstâncias específicas do caso, haveria uma violação da ordem pública nacional, matizada (e porquê não dizê-lo, materializada) pelo princípio, esse sim de manifesta craveira constitucional, do superior interesse da criança.

Desde logo, a idade da criança seria aqui particularmente relevante, assim como, caso os houvesse, os especiais cuidados que a mesma necessitasse. Do mesmo modo, a existência de outros filhos naturais dos pais sócio-afectivos ou dos pais biológicos poderia ser um dado significativo, essencialmente se em causa estivesse a aferição dos efeitos sucessórios da filiação sócio-afectiva. De outro passo, a existência de vínculos de multiparentalidade poderá ser um elemento a considerar, em especial tendo em atenção a necessidade de assegurar um cuidado estável e adequado da criança, na ausência ou insuficiência de atuação dos pais biológicos. Também não será de ignorar a forma jurídica que revestiu o reconhecimento da parentalidade sócio-afectiva, em especial analisando se a mesma foi reconhecida voluntariamente ou se foi firmada através de uma decisão judicial. Tudo envolvido num juízo de ponderação e de proporcionalidade que, afinal, ditará, se o reconhecimento da situação jurídica constituída no estrangeiro se apresenta como um resultado que não viola, em concreto, a ordem pública internacional do foro.

Este juízo deve, acrescente-se, ser afeiçoado aos efeitos pretendidos pela decisão de reconhecimento, isto é, se em causa estão apenas em causa direitos de natureza pessoal (direito ao nome, direito a alimentos) ou direitos patrimoniais, como os sucessórios. Como refere o Tribunal “reconhecer uma sentença estrangeira equivale a conceder-lhe no Estado do foro, no todo ou em parte, os mesmos efeitos que lhe são atribuídos no Estado onde foi proferida, ou seja, os efeitos que dela decorrem segundo a lei do Estado onde foi proferida”, o que significa que sempre seria possível proferir uma decisão de reconhecimento parcial que admitisse alguns dos efeitos da decisão a reconhecer, mas não outros. E se somos sensíveis, *cum granum salis*, ao argumento de que o reconhecimento da filiação sócio-afectiva poderia afectar a legítima dos outros filhos naturais, não era este, sequer, o cenário colocado perante o Juiz, no qual não se vislumbra que houvesse outros filhos a considerar para efeitos sucessórios, sendo esta questão colocada no Acórdão de forma meramente hipotética.

Assim, exigia-se uma análise da ordem pública internacional do Estado Português que se embrenhasse nas particularidades do caso, seja do ponto de vista dos interesses a tutelar, seja do ponto de vista dos efeitos a reconhecer, o que, na nossa análise, não foi feito de forma aturada.

Por último uma pequena nota sobre a circunstância de um dos argumentos concorrentes do Tribunal se referir à circunstância de o direito português não reconhecer ou acolher “a possibilidade de acrescentar um pai ou uma mãe aos progenitores que já figuram no registo civil, ou seja, a multiparentalidade que resultaria da eficácia da decisão revidenda no nosso ordenamento jurídico

confrontaria manifestamente com o princípio, também ele estruturante do direito registal português, de que se inscreve relativamente ao filho apenas um pai e uma mãe”. Aqui somos levados a contender frontalmente com a posição do Tribunal, uma vez que não nos parece dever elevar-se um princípio de ordem técnica e instrumental a um princípio que deva integrar a ordem pública internacional. Efetivamente, as regras atinentes ao registo devem ter a flexibilidade necessária e suficiente para se ajustar a situações que resultem de reconhecimento, caso este seja materialmente devido. Assim resulta recentemente, ainda que no âmbito da União Europeia, do caso *Pancharevo*⁽³²⁾, no qual a inscrição de duas pessoas do mesmo sexo como progenitores de uma criança nascida de gestação de substituição nos documentos de identificação desta não coloca em causa a identidade nacional nem coloca em perigo a sua ordem pública.

Temos a certeza de que não será esta a única situação em que os Tribunais Portugueses se verão confrontados com o reconhecimento de relações de filiação sócio-afectiva. Aguardamos novas pronúncias e o modo como, nelas, a ordem pública internacional, enquanto mecanismo de controlo do resultado, será em concreto aplicada.

⁽³²⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia no Processo C-490/20 *V.M.A v. Stolichna Obshtina, rayon “Pancharevo”* [2021] [ECLI:EU:C:2021:1008].



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Edição apoiada pelo



ISBN 978-989907561-0



9 789899 075610

Depósito Legal n.º