

HENRIQUE ANTÓNIO GONÇALVES CANDEIAS DA GUERRA MAIO

Mestrando na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

DA QUALIFICAÇÃO EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O PROBLEMA DA QUALIFICAÇÃO E A EXPERIMENTAÇÃO DE CRITÉRIOS MOBILIZÁVEIS
NOS QUADROS DO DIP



COIMBRA

2013

DA QUALIFICAÇÃO EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O PROBLEMA DA QUALIFICAÇÃO E A EXPERIMENTAÇÃO DE CRITÉRIOS MOBILIZÁVEIS
NOS QUADROS DO DIP

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

DA QUALIFICAÇÃO EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O PROBLEMA DA QUALIFICAÇÃO E A EXPERIMENTAÇÃO DE CRITÉRIOS MOBILIZÁVEIS
NOS QUADROS DO DIP

HENRIQUE ANTÓNIO GONÇALVES CANDEIAS DA GUERRA MAIO

DISSERTAÇÃO ELABORADA E APRESENTADA NO
ÂMBITO DO 2.º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO NA
MENÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-FILOSÓFICAS DA
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE
COIMBRA.

ORIENTAÇÃO PELO EXMO. PROFESSOR DOUTOR
FERNANDO JOSÉ COUTO PINTO BRONZE

COIMBRA

2013

Para a minha Mãe.

Para os meus Irmãos.

*Para um prezado amigo pela constante e estimulante
troca de ideias, desde os tempos da Licenciatura.*

NOTA PRÉVIA

O presente estudo surge como uma inevitabilidade e conseqüente lógico do caminho percorrido até à data. Desde os tempos da Licenciatura fomos sendo seduzidos pelos problemas metodológico-jurídicos através da perplexidade de quem timidamente procura pensar e reflectir o Direito e pela admiração das várias propostas problemáticas em torno das suas traves-mestras. Dir-se-á que a sedução advém ora pelo desafio em compreender ora pela própria incompreensão de certo objecto. Como tal nunca nos propusemos a mais do que a nossa condição e circunstância: um mero humilde aprendiz das obras e dos autores que fomos tendo contacto. Um percurso atribulado, cujo sentido, por diversas vezes, fomos perdendo. Talvez por imaturidade ou ingenuidade. Da sedução e perplexidade foi um passo natural para a delimitação do objecto, correlativo àquela reflexão, mas, desta feita, relativo aos visos do Direito Internacional Privado: o problema da qualificação. Um «puzzle teórico» a compreender, um desafio / teste ao caminho até então percorrido.

Eis que reconhecemos que, tantas vezes, a presente dissertação se traduziu num esforço infrutífero e aqui e ali confusa. Porém, apenas realçámos uma ideia que sempre procurámos salvaguardar: a de que a problematização e a crítico-reflexão em torno de certo objecto é tão-somente um primeiro passo para a sua compreensão. Tudo se traduzindo, por conseguinte, numa preocupação dominante e num humilde ensejo de apresentarmos o modo como vemos este problema nas suas múltiplas dimensões constituintes e correlativas.

Por ora, apenas uma palavra para expressar o nosso profundo e singelo agradecimento: ao Senhor Professor Doutor FERNANDO JOSÉ COUTO PINTO BRONZE, a quem esta tese muito deve e, ainda, ao Senhor Professor Dr. NUNO GONÇALO ASCENSÃO SILVA pela disponibilidade e pela oportunidade da troca de ideias numa altura decisiva para a conclusão do presente estudo.

26 de Setembro de 2013

HENRIQUE GUERRA MAIO

“ (...) a ideia de que a lei a que aspiramos para esta vida, sobrecarregados e sonhando com a simplicidade, não é outra senão a lei da ordem da narrativa! Aquela ordem simples que consiste em podermos dizer: «Primeiro aconteceu isto e depois passou-se aquilo!» O que nos tranquiliza é a simples sequência, a reprodução da esmagadora diversidade da vida numa ordem unidimensional, como diria um matemático; o alinhamento de tudo o que aconteceu no tempo e no espaço ao longo de um fio, precisamente o célebre «fio da narrativa» feito da mesma matéria do fio da vida (...) ”

ROBERT MUSIL, *O Homem Sem Qualidades*, vol. I, trad. Prefácio e notas de João Barrento, 3.^a ed., D. Quixote, Alfragide, 2008.

PROLEGÓMENOS

Perante certo objecto problemático há sempre várias formas de o reflectir, paradigmaticamente ora tomando em consideração a síntese histórica da sua evolução ora procedendo a um parcelamento das suas dimensões constitutivas e correlativas e hiperbolizando uma delas ora recortando núcleos problemáticos correlativos às traves-mestras em que aquele objecto se insere.

De uma síntese histórica dir-se-á que ela é uma necessidade, já que seria impensável para o sujeito que reflecte cortar com as reflexões que o precedem¹ como se aquele se colocasse perante a origem de um problema que demiurgicamente o construísse para o solucionar. No entanto, aquela necessidade não impõe uma reflexão

¹ Tendo em conta que a “ (...) circunstância, aliás, não é apenas circunstancial mas envolve os milhentos condicionamentos (...) ”, cfr. VERGÍLIO FERREIRA, *Escrever* (edição de Hélder Godinho), Bertrand Editora, Lisboa, 2001, p. 55.

sobre o reflectido ou uma acrítica consideração do que é familiar e contínuo às várias construções problemáticas sobre aquele objecto. Da consideração parcelar de um objecto, erroneamente o sujeito que reflecte pode tomar como primordial e ablativo das restantes dimensões constitutivas uma das suas parcelas o que o impede de reconhecer os nexos incindíveis para a compreensão problemática daquele. Do recorte de núcleos problemáticos² correlativos às traves-mestras onde se insere certo objecto, vemos que o sujeito reflecte e procura uma unidade de sentido e de referência para o estruturar.

Nos visos do Direito Internacional Privado, o ramo de Direito condutor do presente estudo, considera-se o *problema da qualificação* como o seu *punctum crucis*³. Para tomar este problema enquanto objecto a reflectir impõe-se uma perspectiva de reconhecimento das suas múltiplas dimensões constitutivas e correlativas sempre por referência a uma unidade de sentido e de estruturação. Logo, consequentemente, a consideração sobre o método subjacente àquele ramo, assim como o enquadramento histórico do problema, a sua *ordem da narrativa*, para que se constate não só uma perplexidade, mas também um obstáculo de compreensão em afirmar o sentido daquela estrutura operante.

Ao longo do presente estudo procederemos a uma tentativa de crítico-reflexão, assumindo problematicamente os núcleos da questão da qualificação, perante os quais iremos ser levados, por um lado, a atender ao *prius reflexivo e condicionante* do DIP, porque ponte de partida e de regresso através de uma autêntica operação circular sempre em sua referência e, por outro lado, ao reconhecimento que aquele problema interpela o seu “resultado” e este, por seu turno, interpela aquele.

Claro está que perante a vastidão e correlativas dimensões de certo objecto a problematizar haverá sempre particularidades que, consciente ou inconscientemente, serão deixadas de parte, assim como surgirá a oportunidade de certas derivações sobre aquele tema, numa perspectiva de constante problematização, até porque o levantar de

² Atomismo lógico de decomposição de um problema, mas sempre em referência a um sentido unitário, sendo aqueles núcleos os átomos lógicos (ideias) que estruturam um objecto, cfr. BERTRAND RUSSEL, *A minha concepção do Mundo*, trad. Natália Oliva Teles, Brasília editora, Porto, 1970, p. 17.

³ “ (...) *le droit international privé tout entier (...) repose, en dernière analyse, sur la doctrine des qualifications*” BARTIN *apud* BOUKHARI, «*La qualification en droit international privé*» in *Les Cahiers de droit*, vol. 51, n° 1, 2010, p. 159.

um problema é o primeiro passo para outros problemas consequentes que se desvelam a partir daquele.⁴

Reconhecemos que no toca ao problema da qualificação já foi *dito de tudo*⁵, tendo-se tornado uma *famosíssima questão* cujas presentes derivações, num sentido extremo, só academicamente importariam⁶, assistindo-se a uma sua constante afirmação ou negação de acordo com vários métodos excogitáveis⁷ e, conseqüentemente, a remendos a esses métodos, tendo por resultado uma “*ambiguidade generalizada*”⁸. Perante este cenário, problematizar, hodiernamente, o problema da *qualificação* poderia ser tão-somente um exercício “*de desgaste*”⁹ face a uma “*imensidade vazia das coisas*”¹⁰, isto porque naquele ramo, pragmaticamente considerado, surgem regularmente delicadas questões cuja possibilidade e necessidade de resposta se tornam imperativas. A título de exemplo, pense-se no incremento legislativo - comunitário¹¹

⁴ Cfr. KARL POPPER, *Busca Inacabada, Autobiografia Intelectual*, trad. J.C.S. Duarte, Lisboa, 2008, p. 186.

⁵ Para além, da bibliografia menciona ao longo do presente estudo, atente-se às obras referidas em BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed. act. (reimp.), Almedina, Coimbra 2009, p. 102 e mais recentemente as referidas por HELENA MOTA, *Os efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado - Em especial, o regime matrimonial primário*, Coimbra, 2012, nota 580, p. 301.

⁶ Cfr. MORRIS, J.H.C., *The Conflict of Laws*, 4ª Ed., London, Sweet & Maxwell, LTD., 1993, p. 422: “(...) in the opinion of some writers, the problem of characterization has no practical significance and its importance has been exaggerated. It is true that conflicts of characterization have arisen in relatively few cases, and that the process of characterization is frequently simple and even obvious (...)”; também, cfr. DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of laws*, vol. 1, 14.ª ed. por Lawrence Collins with special editors, Sweet & Maxwell, Londres, 2006, p. 52.

⁷ “The problem of characterization has given rise to a voluminous literature, much of it highly theoretical. The consequence is that there are almost as many theories as writers and the theories are for the most part so abstract that, when applied to a given case, they can produce almost any result”. Cfr. *ibidem*, p. 38.

⁸ Expressivamente, ROBERT MUSIL, *O Homem sem qualidades...* cit., p. 502 e 503, já que quando se “ (...) lança uma nova ideia no mundo, ela é imediatamente apanhada por um mecanismo de divisão, constituído por simpatia e repulsa. Primeiro vêm os admiradores e arrancam grandes bocados, os que lhes convêm, a essa ideia, e despedaçam o mestre como as raposas a presa; a seguir, os adversários destroem as partes fracas, e em pouco tempo o que resta de um grande feito mais não é do que uma reserva de aforismos (...)”, porventura, será esta a razão por que o “ (...) mundo do Direito, havido como o mundo da opinião, tende a ser, desesperadamente, o mundo do bluff.”, cfr. ORLANDO CARVALHO, *Escritos - Páginas de Direito*, vol. I, Livraria Almedina, Coimbra, 1998, p. 6.

⁹ Tendo em conta que “ (...) o que mais seduz o homem não é o que tem solução, mas justamente o que a não tem. E no entanto, uma das formas de resolvermos o que a não tem é justamente gastá-lo.”, cfr. VERGÍLIO FERREIRA, *Espaço do Invisível*, vol. V, Bertrand Editora, Lisboa, 1998, p. 80.

¹⁰ FERNANDO PESSOA, *Livro do Desassossego, composto por Bernardo Soares, ajudante de guarda-livros na cidade de Lisboa*, Biblioteca Visão, Coleção Novis, 2000, p. 129.

¹¹ Sobre a tendência de uniformização do DIP no quadro comunitário veja-se LIMA PINHEIRO, *Um direito internacional privado comum?* - Texto revisto da comunicação apresentada no Congresso Internacional “25 Anos na União Europeia – 25 Anos de Instituto Europeu”, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Novembro de 2011, p. 5; MOURA VICENTE, «*Liberdades*

cuja relevância nos quadros do comércio internacional exige uma resposta imediata ou, de outro modo, pela evolução dos ordenamentos jurídicos e de novas perspectivas que tendem a uma uniformização de tratamento das situações privadas internacionais, *hoc sensu*, relativamente a questões jurídico-privadas familiares.

Perante esta ordem de considerações avocar-se-ia ao problematizar da questão da qualificação um exercício de *prazer* por arriscar uma solução de um aparente *puzzle* (mero teste de raciocínio), ou seja, estaríamos perante uma discussão ociosa¹², já que qualquer modelo ou método para resolver aquele problema, sofreria as entorses imprescindíveis perante a necessidade pragmática de encontrar uma resposta independentemente das estruturas teóricas – operantes a indiciarem. Quanto a nós, reconhecemos que o exercício em questão é meramente teórico, que não visa apresentar uma solução exacta, mas simplesmente a forma como compreendemos este problema do DIP.¹³

Isto posto, perante a particularidade do problema da qualificação vemos que as suas dimensões problemáticas são correlativas de um elo evidente e necessário entre o DIP e a Metodologia Jurídica, sendo aquele ramo necessariamente um “excelente banco de ensaios das questões metodológicas”.¹⁴

Impõe-se um esclarecimento prévio para que o conjunto de referências que tomamos, enquanto autênticas influências determinantes, possa permitir o diálogo sem que o *metadiscorso* subjacente falhe¹⁵. Atente-se que a presente compreensão

comunitárias e direito internacional privado» in Cuadernos de Derecho transnacional (Octubre 2009), Vol. 1, n.º 2, p. 179 e ss.; MOURA RAMOS, «*Direito Internacional Privado e Direito Comunitário. Termos de uma interação*» in Estudos de Direito Internacional Privado e de direito processual civil internacional, vol. II, Coimbra, 2007, p. 145 e ss.

¹² Cfr. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*, Coimbra, 2001, p. 417.

¹³ Em jeito de repetição, uma ideia que nos tem orientado, é de que esta, a perspectiva e forma como compreendemos este problema, é a “nossa entrevista” à qual não podemos faltar nem tão pouco rejeitar”, cfr. VERGÍLIO FERREIRA, *Carta para o Futuro*, Quetzal Editores, 2010, p. 17, e que tudo se deve ao “espanto” em que nos situamos, cfr. *idem*, *Espaço do Invisível*, vol. IV, Bertrand Editora, Lisboa, 1995, p. 42.

¹⁴ Cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *A Metodologia entre a semelhança e a diferença: reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico*, Coimbra, 1994, nota 835, p. 332. Também, neste sentido, MOURA VICENTE, «*Método Jurídico e Direito Internacional Privado*» in *Direito internacional privado, Ensaios*, vol. I., Coimbra, 2005, p. 9, afirmando o problema do método do DIP como correlativo do problema do método geral do Direito.

¹⁵ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 16ª reimp., Almedina, Coimbra, 2007, p. 273 e ss, já que “ (...) toda a comunicação bem lograda é acompanhada de uma metacomunicação (...) Numa relação de comunicação sã ou normal, este aspecto de

implicitamente avoca em si três construções problemáticas que consideramos decisivas e através das quais nos procurámos expressar. Relativamente ao DIP a sua recondução ao Direito dos Conflitos e as consequências relativas a uma tríade operante estruturada em três âmbitos correlativos, a par dos devidos esclarecimentos que iremos fazer, seguimos de perto a obra de JOÃO BAPTISTA MACHADO. Relativamente ao problema metodológico-jurídico, ao modelo metódico da realização do direito e à estrutura noética-noemática deste modelo, convocamos a construção e a exaustiva reflexão de CASTANHEIRA NEVES e FERNANDO JOSÉ BRONZE.

Consequentemente, o *leitmotiv* do presente estudo é o Juízo Jurisdicional em DIP¹⁶, através da compreensão dos mecanismos próprios deste ramo que se traduzem,

metacomunicação (ou seja, o problema da “relação” entre os que comunicam) passa a segundo plano e mantém-se latente. Pelo contrário, as relações humanas conflituosas caracterizam-se por um incessante debate sobre a natureza da “relação”, pelo que o conteúdo da comunicação (ou da mensagem) perde todo o significado. Com rigor, neste caso a comunicação não funciona – ou não funciona correctamente.”

Fazemos a presente ressalva porque, a título de exemplo, diz-se que o problema da qualificação é “ (...) entendida como um problema de subsunção de um *concretum* a um conceito ou uma categoria abstracta da lei.”, Cfr. FERRER CORREIA, «*O novo direito internacional privado português*» in Estudos vários de Direito, p. 3 a 58, Coimbra, 1982, p. 23, como veremos, subsequentemente ao longo do presente estudo, não atendemos ao esquema silogístico-subsuntivo, porém, isto não significa que a asserção agora em análise da perspectiva da qualificação entre em confronto com a forma como vemos o problema. Temos obrigatoriamente que enquadrar historicamente, antes de refutar – unicamente pelo sentido literal, digamos, neste caso, acriticamente – a perspectiva em questão. De outro modo, quando aqui e ali, *dialogarmos* com as perspectivas sobre o problema da qualificação temos, mais do que através de um qualquer sentido literal, proceder crítico-reflexivamente perante essa posição, caso contrário apenas estaríamos perante um exacerbado e enfadonho preciosismo, uma verdadeira burla de etiquetas.

¹⁶ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Teoria do Direito - apontamentos complementares (sumário e textos)*. Universidade Coimbra, ano (s.d), p. 51, que conclui lapidariamente “O *juízo* (juízo poético) chamado a constituir o normativo - racionalmente fundamentado conteúdo da decisão concreta, enquanto mediação normativo-jurídica entre o sistema jurídico (a normatividade do sistema jurídico) e o problemático caso jurídico concreto. *Juízo* que, neste sentido, se diferencia tanto da *aplicação* própria do normativismo, como da *decisão* específica do funcionalismo material, e confere à decisão jurídica concreta a índole de uma *decisão judicativa*.”

Cumpre-nos fazer uma pequena ressalva que já vai implicada no presente enquadramento do objecto do nosso estudo em referência às questões metodológicas. É que a toda a metodologia corresponde uma compreensão / referente filosófico - problemático, deste modo, quando nos referimos às construções do problema metodológico-jurídico em correlação com o problema do DIP, inevitavelmente, temos em consideração certa concepção e compreensão do próprio Direito, especificamente a corrente *Jurisprudencialista*. Considerações indispensáveis poderão ser encontradas em CASTANHEIRA NEVES, «*A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia, Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*» in *STVDIA IVRIDICA*, 72, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra 2003; *idem*, *Teoria do Direito - apontamentos complementares...* cit.; *idem*, *Teoria do Direito - Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, Universidade de Coimbra, 1998; AROSO LINHARES, «*A abertura ao futuro como dimensão do problema do Direito. Um correlato da pretensão de autonomia?*» in *O Direito e o Futuro, o Futuro do Direito*, coord. Avelãs Nunes e Miranda Coutinho, Coimbra 2008; *idem*, “*“Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?”*”, Texto fornecido nos seminários de Filosofia de Direito, 2008; por último, FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, especificamente 2.^a Lição, p. 31 e ss., 10.^a a 13.^a Lição, p. 307 e ss., 353 e ss. e 459 e ss.

Jurisprudencialismo que toma o Direito como verdadeiramente autónomo em respeito ao projecto axiológico de uma *communitas* e não de uma *societas* – “ (...) o direito não se propõe a governar a sociedade, mas constituir uma validade axiológico normativa que ao homem dê o sentido da sua prática.”, cfr. CASTANHEIRA NEVES, «*O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência?*» in Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3961, ano 139.º (Março – Abril), Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 216 -, ao que acresce que aquela autonomia reside nas dimensões constitutivas dos casos jurídicos que historicamente vão surgindo no *mundo da vida*, o que correlativamente nos leva à assunção de um verdadeiro *critério de responsabilidade* perante a inevitabilidade de *sermos com os outros* (isto porque a pessoa é a referência fundamental do Direito, o “homem-pessoa (...) como complexo de relações que mantém com outros homens (...)”, cfr. KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, prefácio e trad. António Ulisses Cortês, 2.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007, p. 432; CASTANHEIRA NEVES, «*A imagem do Homem no Universo Prático*» in *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1, p. 314 e ss. e *idem*, «*Pessoa, Direito e Responsabilidade*» in *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 3, p. 129 e ss., Coimbra, 2008, p. 129 e ss.) – uma relação sujeito / sujeito - perante uma realidade imensamente rica e diversificada cujo Direito terá que procurar dar uma resposta adequada, evitando-se mecanismos individualizáveis abstractamente capazes de absorver e de delimitar, através de um reductionismo problemático, aqueles concretos problemas humanos. Logo, apela-se a um reconhecimento da inevitabilidade da constante mudança ora dos pressupostos constituintes (pensamos no sistema jurídico e nos seus diversos estratos que se ligam por um sentimento jurídico comum na comunidade) ora por reflexo à variedade daquele conjunto de casos / situações que exigem e procuram regulação. O mesmo se dirá perante o DIP, desta feita, englobando vários sistemas jurídicos a que correspondem vários projectos axiológicos pela necessidade de regular a vida privada internacional nas suas múltiplas vertentes, desde as constantes transacções comerciais a questões eminentemente jurídico pessoais dos sujeitos envolvidos.

Com isto não negamos a possibilidade de pensar o Direito de diversas formas - cfr. CASTANHEIRA NEVES, «*O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito*» in *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1, Coimbra, 1995, p. 287 e ss., especialmente p. 300 e ss., *idem*, «*O Direito hoje: uma sobrevivência...*», cit., p. 202 e ss. -, a título de exemplo, negando a sua autonomia por referências políticas e / ou económicas ou até a afirmando paradoxalmente através de uma referência sistémica. Atente-se, paradigmaticamente, nos quadros do DIP: α) a uma análise pelo prisma económico e β) pela construção auto-referencial do sistema jurídico / teoria *luhmanniana* - a este propósito veja-se AROSO LINHARES, *O sistema jurídico como “um fim em si mesmo” ou “as muralhas de indiferença” da galáxia auto*, Sumários desenvolvidos de Filosofia do Direito; CASTANHEIRA NEVES, —, «*O Funcionalismo Jurídico*» in *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 3. Coimbra Editora, 2008, p. 199 e ss.; FERNANDO JOSÉ BRONZE, *A Metodologia entre a semelhança e a diferença...*, cit., p. 271 e ss.

α) Do prisma económico (eficiência) sempre será possível conceber o DIP pela mobilização de um critério referente a custos e benefícios para decidir quanto à mobilização do sistema do foro ou de outros sistemas relevantes para certo caso - “*Forum law has at least two efficiency advantages over applying foreign law. First, it is easier to ascertain. Because the judges and lawyers who are licensed to practice in the jurisdiction have previously made significant capital investments learning the details of forum law, the costs of applying that law to any given case are generally lower than the alternatives. Second, the precedent created by applying forum law provides valuable information to primary actors as well as courts and litigators regarding future legal treatment of the issues. In contrast, an investment in foreign law is less valuable locally because foreign precedent is less binding and therefore less important in guiding local conductor judicial decisions.*”, cfr. O'HARA e RIBSTEIN, «*Conflict of Laws and choice of law*», in Social Science Research Network, Novembro, 2009, p. 634 e ss. - ou até, na mesma lógica, a referência ao problema de escolha de lei pelas partes, *ibidem*, p. 647 e ss., ainda, sobre esta perspectiva, *idem*, *From Politics to Efficiency in Choice of Law*» in Social Science Research Network, Janeiro, 2000, p. 13 e ss., p. 29 e ss.

β) Da construção autopoietica sempre se dirá exemplarmente que o mecanismo do reenvio seria um dos paradoxos constitutivos do sistema jurídico considerado como um todo e, por corolário, do

por referência àquele, numa operação circular de feixes interligados e congenitamente imbricados uns nos outros que dão garantia quer aos princípios que o DIP postula quer àquela realização prático-normativa do Direito. Com efeito, numa *Primeira Parte*, tentaremos compreender qual o *prius reflexivo e condicionante* do Direito Internacional Privado e, subsequentemente, numa *Segunda Parte*, procederemos à tentativa de problematização do recorte da questão da *qualificação*, tendo em conta a referência àquele *prius* e os mecanismos consequentes à operação da qualificação ou que, de certo modo, ainda lhe podem ser reconduzidos, especificamente as antinomias normativas (“*conflitos de qualificação*” e *concursos de normas*).

próprio DIP - cfr. TEUBNER, *O Direito como sistema autopoietico*, trad. J. Engrácia Antunes, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, p. 8 e 9 -, porquanto, vemos que, nos quadros deste pensamento, se exigiria, para aquele mecanismo ser adequadamente compreendido e para se poder tornar operante, uma sua correlação com a arquitectura mecânica e auto-referencial do sistema jurídico que se socorreria para garantir a sua própria subsistência de uma lógica circular pelas suas próprias categorias e do uso inventivo dos paradoxos – veja-se LHUMAN, «*The third question: the creative use of Paradoxes in Law and Legal*» in *Journal of Law and Society*, vol. 15, nº 2, 1988, p. 153 a 165 -, procurando evitar uma valência de indeterminação da decisão jurisdicional onde, *hic et nunc*, o reenvio não teria um fundamento em si – nem verdadeiramente o necessitaria de procurar em respeito à própria arquitectura do sistema que igualmente se recusaria à procura de um sentido -, mas seria apenas mais um garante da subsistência dos vários sistemas envolvidos – e isto, em verdade, *porque assim tinha quer ser* -, pelo simples acaso de estarem de acordo relativamente a certo caso decidendo que deveria ser certo sistema o efectivamente “aplicável”.

Isto posto, no presente estudo, tomamos em conta unicamente aquele modo de conceber e compreender o Direito: uma resposta prático-cultural humana subjacente a uma axiologia enquadrada numa filosofia prática, cfr. CASTANHEIRA NEVES, “*Excerto do Curso de Filosofia do Direito, 2.ª Lição*”, Coimbra, (s.d), Texto / material de apoio à cadeira de Filosofia do Direito, p. 21 e ss. Por outro lado, pensamos que este enquadramento não se desvela desnecessário, isto porque uma alteração na forma como concebemos e compreendemos o Direito implica alterações determinantes no próprio funcionamento dos seus mecanismos e expedientes técnicos (a unidade do seu sistema, a sua operacionalidade, a estrutura noética pela qual compreendemos ora os casos concretos ora aquele sistema, entre outros). A nota já vai longa apesar de reconhecermos que muito mais haveria a dizer e até de forma conexa com o próprio DIP, destarte esta malograda síntese pontualmente abordaremos este tema, mesmo que implicitamente, pois ele é referente a uma autêntica trave-mestra para a compreensão do Direito e inevitavelmente presente em qualquer reflexão que o tome enquanto objecto. Em jeito de conclusão reconheça-se que a exigência de reflexão reside numa aversão a este mundo *inumano* e desconstrutivista da nossa própria herança cultural, de uma eminente subversão daquilo que nos une e se reflecte na nossa condição e esta última, por sua vez, se verte na resposta prático-cultural humana, que é o Direito, a um problema humano.

I

**O PRIUS REFLEXIVO E CONDICIONANTE DO DIP.
PROBLEMATIZAÇÃO EM TORNO DO MÉTODO DO
DIP: ENTRE INCIDENTES E CONDIÇÕES**

1. O DIP toma como objecto as situações da vida privada internacional, situações cuja relevância jurídico-privada se estabelece através da consideração de vários sistemas jurídicos onde a mesma se coloca. Adequadamente compreendido, o DIP tem como ponto nevrálgico proceder a uma distribuição recognitiva de competências – títulos de mobilização -, tendo em conta aquele género de situações através de uma conexão resultante, em primeira instância, do recorte problemático das mesmas e, por seu turno, do recorte problemático dos princípios que o norteiam vertidos nos seus mecanismos e expedientes técnicos. Em traços gerais, a nótula da compreensão da juridicidade de uma situação jurídica plurilocalizada como um todo face aos vários sistemas jurídicos que lhe são conexos. Daí que o problema do DIP, cujo método será reflexo, seja um problema de conexão em que se reconhece um âmbito de competência / mobilização, mas também um olhar crítico sobre um processo complexo subjacente à coordenação dos diversos critérios que correspondam àquela compreensão da juridicidade da situação plurilocalizada.

Do método subjacente a este ramo, na sua concepção tradicional, propugnava-se a ideia motriz (implicada numa estruturação das várias relações jurídicas excogitáveis) de que as questões jurídicas pertencentes a uma certa categoria seriam resolvidas em conformidade com os preceitos que a factualidade concreta estivesse ligada através de uma conexão de certo tipo. Asserção inteiramente válida, contudo a que corresponderia uma cisão entre o sistema de segundo grau e o sistema de primeiro grau, por corolário uma cisão entre critérios de pura justiça formal, os do DIP, e critérios de justiça material, aqueles referentes unicamente à conexão e estes inerentes a um certo sistema mobilizável encontrada pela conexão por relevância aos quadros desse mesmo sistema.¹⁷

¹⁷ Por todos, ver FERRER CORREIA, «*Considerações sobre o método do direito internacional privado*» in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, III, p. 1 a 92, IURIDICA, Coimbra, 1983, p. 21 e ss. Método tradicional ou de conexão compreendido enquanto desenvolvimento da perspectiva da Savigny. De tal modo que “o que se postula (...) é um método pela qual a conexão decisiva ressalte dos fins a que o DIP tomado como um todo vai preordenado e dos principais interesses ou valores que se joguem ou irrompam nos seus diferentes sectores.” Acrescentado que “(...) embora a conexão relevante seja constituída por um elemento da factualidade concreta, não se trata de proceder na

Por sua vez, através de um processo histórico conturbado¹⁸, ao DIP foi necessário proceder a uma flexibilização¹⁹ e materialização²⁰ dos seus mecanismos constituintes perante uma tendencial afirmação e, tantas vezes, negação daquele método de conexão tradicionalmente concebido por soluções alternativas ou até consequentes àquele.²¹ Não serve os propósitos do presente estudo uma análise exaustiva de cada uma das correntes sobre o método do DIP, porém, façam-se algumas observações prévias.

sua escolha por categorias de relações jurídicas, mas antes por matérias, ou mais, propriamente, por classes ou espécies de questões de direito; aliás, é frequente a mesma situação concreta desdobrar-se em múltiplos aspectos, que o direito de conflitos considera e valora autonomamente, isto é, que ele conecta com diferentes sistemas jurídicos” (*ibidem*, p. 5 e ss). Para a compreensão da evolução doutrinal do DIP, desde a teoria estatutária e para uma análise do método conflitual tradicionalmente concebido correlativo à ideia de comunidade de direito, veja-se BERNARD AUDIT, *Droit International Privé*, 4ª ed., Ed. Economica, Paris, 2006, p. 56 e ss.; BUCHER, *Droit International Privé Suisse. Partie générale – droit applicable*, vol. I/2, Basileia, 1995, p. 37 e ss.; BUREAU e WATT, *Droit International Privé. Partie générale*, vol. I, Paris, 2007., p. 356 e ss.; DOLINGER, *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*, 7.ª ed., amp. e act. de acordo com as Emendas à Constituição e o novo Código Civil, Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, 2003, p. 125 e ss.; MACHADO VILELA, *Tratado elementar teórico e prático de Direito Internacional Privado*, Livro I - Princípios gerais, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1921, p. 294 e ss.; LOUSSOUARN e BOUREL, *Droit International Privé*, 5ª ed., Paris, 1996, p. 65 e ss. Para a evolução do DIP no direito português veja-se MOURA RAMOS, «*Direito Internacional Privado*» in Estudos de Direito Internacional Privado e de direito processual civil internacional, vol. II, p. 99 e ss., Coimbra, 2007, p. 99; *idem* «*Linhas gerais da evolução do direito internacional privado português*» in Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional, vol. I, p. 275 e ss., Coimbra, 2002, p. 275 e ss.

¹⁸ Cfr. FERRER CORREIA, «*Nuevos Rumbos para el Derecho Internacional Privado?*» in Estudos vários de Direito, Coimbra, 1982, p. 223 e ss.

¹⁹ Reconhecendo-se, no fundo, enquanto dado corrente uma necessária margem de conformação judicial do princípio da proximidade ou localização, cfr. MOURA RAMOS, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Coimbra, 1991, p. 410, dando-se ao Julgador tendo em conta o problema julgando a possibilidade de identificar neste a conexão cuja relevância é preponderante face a um certo sistema jurídico através da prescrição de regras de conexão múltipla subsidiária e, outrossim, pela concessão da possibilidade face ao problema julgando de preferir a conexão prescrita através de uma autêntica cláusula de excepção. Sobre as cláusulas de excepção enquanto fenómeno de relativização do DIP em ordem à justiça material, veja-se, por todos, MARQUES DOS SANTOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado - Esboço de uma Teoria Geral*, vol. 1, Coimbra, 1991, p. 397 e ss., especialmente 459 e ss.; quanto à consagração de uma cláusula geral implícita no DIP as considerações de MATIAS FERNANDES, *A cláusula de Desvio no Direito de Conflitos: das condições de acolhimento de cláusula de desvio geral implícita no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 217 e ss.

²⁰ A título de exemplo, pela prescrição de regras de conflitos de conexão múltipla alternativa e subsidiária pelas quais o Julgador opere a escolha de certo sistema jurídico mobilizável consoante o tendencial resultado dessa mobilização, na procura de uma decisão mais justa, contudo atente-se às considerações subsequentes em texto referentes à Justiça Material e à Justiça Formal.

²¹ Cfr. FERRER CORREIA, *Considerações sobre o método...*, cit., p. 13 e ss, relativamente às soluções alternativas ao método de conexão tradicionalmente concebido, de onde se retira uma progressiva hiperbolização: de uma resolução material directa ou de soluções materiais *ad hoc*; de um DIP material através da elaboração de sistemas globais de preceitos jurídico-materiais exclusivamente dirigidos aos casos plurilocalizados; da afirmação de que o problema do DIP não é um problema de escolha entre ordenamentos jurídicos, mas entre preceitos jurídicos materiais de leis diferentes, através de um processo radicado na *better law approach* e do reconhecimento de princípios de preferência; entre outras soluções. Igualmente, para uma explicitação e crítica do desenvolvimento histórico do DIP em

A abertura aos valores da Justiça Material é inegável²², mas tal deve-se unicamente porque tal Justiça sempre foi afinal inerente ao DIP. Adequadamente compreendido o problema do DIP, num sentido unitário, onde o mesmo não procede apenas a uma escolha por uma conexão, mas também se preocupa com o resultado dessa escolha, tendo em conta, à partida, um desdobramento de uma situação jurídica plurilocalizada e, subseqüentemente, uma reconstrução proporcionada por aquele desdobramento e pelo encontro de normas dos vários sistemas jurídicos, não lhe preside rigorosamente uma cisão entre um momento formal e um momento material²³, mesmo que tenhamos em conta uma hiperbolização daquele momento através da valorização de princípios normativos – especificamente, a confiança, segurança e certezas jurídicas. O DIP implica uma *decisão justa* daquelas situações jurídicas plurilocalizadas²⁴. Com isto

correlação com a sua progressiva materialização, MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise geral das suas relações*, (reimp.), Coimbra, 1980, p. 169, onde se afirma “ (...) não se trata apenas de um renovar das querelas sobre o método da disciplina e sobre a oposição da justiça material à justiça formal aquilo a que hoje assistimos, mas da tentativa de uma refundação do DIP no seu todo.”, ainda, sobre a sujeição aos valores constitucionais, sobre o recurso a tendências substancialistas e sobre a capacidade de modelação do Julgador das regras de conflitos, veja-se *idem*, *Linhas gerais da evolução...*, cit., p. 305, p. 310 e p. 315, respectivamente.

Ao que acrescem as perspectivas mais recentes diversas do método de conexão, tal como a referência ao ordenamento competente talqualmente concebida por PICONE, *La Riforma Italiana del Diritto Internazionale Privato*, Cedam, Padova, 1998, p. 20 e ss., p. 141 e ss. e p. 371 e ss.; para uma crítica à presente concepção MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, cit., p. 195 e ss.; ASCENSÃO SILVA, «*A Constituição da Adopção de Menores nas Relações Privadas Internacionais: Alguns Aspectos*» in *STVDIA IVRIDICA*, n.º 49, Coimbra Editora, 2000, p. 592 e ss., em referência à problemática da adopção.

²² Até porque “a concepção clássica do DIP (...) na sua ortodoxia, na sua justiça puramente formal, na rigidez das suas normas, era presa fácil de crítica”, cfr. FERRER CORREIA, *Direito internacional privado. Alguns problemas*, (reimp.), Coimbra, 1981, p. 95 e MOURA RAMOS, *Linhas gerais da evolução...*, cit., p. 316, realçando “ (...) uma maior preocupação com a Justiça Material traduzida num acréscimo de regras de conflitos em que a escolha da conexão é claramente inspirada por preocupações materiais (...), do mesmo passo que uma atenuação da rigidez e um acréscimo de flexibilidade nas mesmas regras, com o conseqüente reconhecimento do poder modelador da instância judicial na sua aplicação.”.

²³ Para uma distinção entre Justiça Formal e Justiça material, tendo em conta o respectivo enquadramento histórico, atente-se a BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de eficácia e âmbito de competência de leis*, (reimp.), Almedina, Coimbra, 1998, p. 161 e ss.

²⁴ Recolhemos a presente ideia, enquanto decisiva influência, em FERNANDO JOSÉ BRONZE, “*Continentalização*” do direito inglês ou “*insularização*” do direito continental? (*proposta para uma reflexão macro-comparativa do problema*), sep. Supl. BFDC, n.º 22, Coimbra, 1982, p. 150 e 151, já que durante o trajecto histórico do DIP é necessário ter em conta que “ (...) a respectiva valoração pelo actual pensamento jurídico, dotado de uma perspectiva de compreensão própria, não tem que ver-se assim totalmente prejudicada pela sua apontada natureza originária: o que no início era mera operatória pode bem ter sido como tal assimilado, mas ulteriormente elevado à dimensão axiológica e dogmaticamente objectivado como princípio (...).” Ao que acresce que “ (...) os visos específicos do DIP são momentos de mediatização puramente técnica (...) dos objectivos do Direito: assegurar a justiça no tratamento dos casos espécie.” O que leva à consideração de que “ (...) o Direito ou se louva na Justiça, ou pura e simplesmente não é Direito, enquanto dizer isto é afirmar e reconhecer efectivamente o fundamental (...).” Reconhecendo-se a prioridade do direito da intenção de justiça face aos instrumentos técnicos de que se socorre. Em suma, segurança através do Direito o que levará em, última instância, ao reconhecimento que

não afirmamos ou defendemos soluções alternativas ao método de conexão – as tendências substancialistas²⁵. O que afirmamos é que até pelo método de conexão os momentos materiais são inevitavelmente considerados.²⁶

De outro modo, implícito a estas considerações, vemos que o DIP não toma como objecto unicamente as normas, *rectius*, os critérios dos sistemas jurídicos onde as situações jurídico plurilocalizadas se colocam, isto porque o DIP procura a solução destas e o seu método terá que traduzir as condições porque se estabelece o porquê de certo critério ir ao encontro da relevância jurídica dessa situação e em que medida essa escolha permite a obtenção de uma decisão justa²⁷. Ali e aqui a relevância dos princípios de segurança e certeza jurídica, de tutela da confiança, das expectativas das partes²⁸ e, outrossim, a consideração da própria “justiça material”.²⁹

a cisão proporcionada pelo método de conexão tradicionalmente compreendido será artificial pela necessidade de hiperbolizar o *quantum de segurança* reclamado pelos casos plurilocalizados, mas, mesmo que se delimitem regras de DIP “ (...) aparentemente desprovidas de conteúdo material (...), afinal, [as mesmas encontram-se] subordinad[as] a uma axiologia que comanda o seu funcionamento.”, cfr. MOURA VICENTE, *Método e Fontes ...*, cit., p. 37; ainda, LIMA PINHEIRO, *Direito internacional privado, vol. I – Introdução e direito de conflitos. Parte geral*, 2ª ed., Coimbra, 2008, p. 416.

²⁵ Por todos, FERRER CORREIA, «*Miaja de la Muela e a tendência substancialista em Direito Internacional Privado*» in Estudos vários de Direito, Coimbra, 1982, p. 259 e ss., e MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata...*, cit., p. 517 e ss.

²⁶ Veja-se FERRER CORREIA, *Direito Internacional...*, cit., p. 95, assertivamente: “quando se afirma (...) que na resolução dos conflitos de leis já que tomar em consideração o conteúdo e os fins dos preceitos materiais, esquece-se que tal ideia já foi incorporada no direito internacional privado (...).”

²⁷ Outrossim LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado, vol. I...*, cit., p. 416: “A missão do Direito Internacional Privado de realizar a justiça não termina, porém com a designação da lei competente. O Direito Internacional Privado não pode ignorar certas dificuldades que do processo conflitual advêm para a solução do caso, nem se desinteressa, em geral, da adequação da solução às circunstâncias do caso concreto (...).”

²⁸ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Contributo da Escola de Coimbra para a Teoria do Direito Internacional Privado*» in *Obra Dispersa*, vol. I, Braga, 1991, p. 840, princípios imanentes a todos os ordenamentos jurídicos positivos: “ (...) o princípio da tutela das expectativas legítimas, emanação directa daquela função essencial ao direito que é a de estabilizar expectativas, garantindo a previsibilidade necessária aos planos da vida de cada um e a uma ordem de convivência operativa.”

²⁹ O que vai dito não nega que o DIP, macroscopicamente considerado enquanto parte do Direito dos Conflitos, pressupõe o critério normativo de um sistema jurídico considerado e que lhe é sobreposto. Tal como veremos esta será uma ideia que constantemente iremos vincar: a de um quadro normativo unitário de sentido entre as normas do DIP e os critérios normativos de certo sistema jurídico. Quando afirmamos a assunção de uma materialização vemos que esta radica na união quer daquela norma do DIP, que permite a escolha, quer do critério normativo do sistema jurídico. Claro que este critério irá manter a sua especificidade dentro da tessitura do sistema a que pertence, mas as normas do DIP atendem quer à localização quer à relevância jurídica do problema por um quadro de valorações do sistema estrangeiro mediado pelo sistema do foro. Trataremos deste ponto mais exaustivamente na segunda parte da presente dissertação. Acrescente-se somente que mesmo pela caracterização da justiça do DIP enquanto justiça formal, tal não significa que “se trate de uma justiça abstracta ou vazia de conteúdo, mas apenas que se trata de uma justiça *essencialmente informada* pelo valor da segurança e certezas jurídicas”, cfr. BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, cit., nota 14, p. 168. Em verdade, esta perspectiva é semelhante à referida

Por corolário, consideramos que o *prius reflexivo* do DIP não são outras normas, mas sim o próprio problema jurídico plurilocalizado, tal como, analogamente, o *prius condicionante* do DIP não é a regra de conflitos, mas sim a localização daquele. É a partir desta ideia que se deverá estruturar o método do DIP.³⁰

Por uma localização do problema jurídico reconduzimos o *princípio da não-transactividade*.³¹ A localização do caso concreto permite-nos perceber, em primeiro lugar, quais os sistemas jurídicos a considerar. O que o DIP faz é partindo daquela localização, escolher uma conexão relevante (dentre as conexões projectas pelo caso) que permita reconduzir cada um dos sistemas a particulares características daquele problema jurídico, no fundo estabelece condições relativamente a cada um desses sistemas e às normas que o constituem.

A assunção problemática da localização do problema jurídico permite-nos compreender que só serão mobilizáveis critérios normativos de sistemas perante os quais o problema se põe, ou seja, possuam um contacto relevante com este. Por mobilizável entendemos a capacidade de certa norma ou princípio pertencente a certo sistema jurídico ser considerado para poder interpelar e ser interpelado pelo problema jurídico para que seja possível obter uma “decisão” justa do mesmo. Por consequente lógico e necessário, ao método do DIP corresponde o reconhecimento dos traços gerais em que se enquadra o actual problema metodológico-jurídico. Aqui e ali, a realização do Direito corresponde a uma assimilação do sentido do problema jurídico concreto

no texto, porventura, tão marcadamente referida pelo enquadramento histórico do processo de desenvolvimento do DIP.

³⁰ Neste sentido, BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, cit., p. 25 e ss., onde se afirma, face à relação Direito dos Conflitos – Regra dos Conflitos, que “ (...) o carácter de prius lógico que (...) geralmente se atribui à norma de conflitos, não corresponde à realidade das coisas. Na verdade, ao assentar em que o *prius* é constituído pela norma de conflitos e que «o direito adquirido» não é senão uma «consequência» da aplicação daquela norma, um *posterius*, é-se naturalmente levado a pensar que as normas de DIP podem *arbitrariamente* determinar como aplicável qualquer lei. Mas não (...). Há um *prius* lógico (...) que as normas de DIP têm submissamente de respeitar (...)” porque “ (...) [d]esse *prius* (...) condiciona ou predetermina o sentido possível de qualquer norma de conflitos (...). Assim, “ (...) a competência da lei chamada não é simplesmente um produto da Regra de Conflitos, mas, antes de tudo, a consequência de um princípio normativo geral, anterior e superior à dita regra: o princípio segundo o qual a quaisquer factos só pode aplicar-se uma lei que com eles esteja em contacto.” O que se afirma é, porquanto, que tal princípio normativo radica no problema jurídico concreto e a sua localização, de onde se retira os sistemas jurídicos perante os quais aquele problema se põe, ou seja, a “ (...) perspectiva tradicional de resolução dos conflitos de leis no espaço não implica a consideração da regra de conflitos como *prius* metódico do DIP”, FERNANDO JOSÉ BRONZE, “*Continentalização*”..., cit., nota 478, p. 151.

³¹ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 9 e *idem*, *Âmbito ...*, cit., p. 14 e ss.

cumprindo-se uma intenção normativa³². Em DIP, a especificidade, como veremos, radica numa intenção normativa obtida por uma conexão com vários sistemas em correlação com aquele problema.

2. O problema do DIP, assim compreendido, é o reconhecimento de condições e a sua projecção numa autêntica distribuição de normas de acordo com a relevância do problema jurídico, sendo por isso, um problema-motriz que congenitamente implica a assunção problemática do critério normativo para ser reconduzido àquele. Os campos de tensão / problematização que se deslindam - *o problema jurídico e os sistemas jurídicos*³³, por sua vez, desvelados pela localização do caso - permitem-nos, desde que compreendido em unidade e interpenetração com a realização prático-normativa daquele problema, reconhecer vários *incidentes discursivos* onde se assumem os pólos de tensão que permitem uma adequada resposta ao problema posto por aquela situação jurídica plurilocalizada.

Incidentes discursivos assumidos enquanto problemas pressupostos do esquema de resolução de um concreto caso que lhe são inteiramente significativos, numa relação incindível de nexos entre as suas operações constituintes, onde vibra o valor, intencionalidade e essência da realidade interpelada e das várias normas mobilizáveis que igualmente são interpeladas, numa dialéctica constante.³⁴

³² Cfr. CASTANHEIRAS NEVES, «*Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais.*» in *STVDIA IURIDICA*, 1, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 14, relativamente ao problema metodológico-jurídico.

³³ Cfr. MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, cit., p. 260, “O que vem no fundo a provar apenas que o DIP, ainda que concebido nos moldes tradicionais, está bem longe de poder ser visto como um sistema fechado e concluso, «com a pretensão de conter uma resposta para toda e qualquer questão jurídica possível, resposta que poderia ser inferida do sistema mediante operações lógicas». Com efeito, também a ele está subjacente a dialéctica entre aquilo que a experiência histórica depositou e, ainda que provisoriamente, pode ser considerado como expressão do «justo», e as diferentes circunstâncias que se apresentam a reclamar a actuação da experiência jurídica.”

³⁴ Neste sentido, “[t]ratando-se a metodonologia (...) da racionalizada realização judicativo-decisória do direito, e cumprindo-se esta sua tarefa, as mais das vezes, por mediação de critérios pré-objectivados no *corpus iuris* (...) antes mesmo da específica questão metodonológica de determinar, dialecticamente atentos a relevância, a teleologia e o fundamento da norma hipoteticamente em causa, se essa norma assimila, ou não, o particular mérito problemático-normativo do caso circunstancialmente decidendo, interpõe-se a pergunta de saber se o mencionado critério pode – pragmático – funcionalmente – e deve- prático-normativamente – ser submetido àquela “experimentação” (...) portanto, (...)” um “(...) incontornável incidente discursivo”, cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições...*, cit., p. 834 e 835, referindo-se à problemática da aplicação da lei no tempo – cuja analogia com o DIP torna-se uma evidência, por razões ponderosas lapidarmente explicitadas por BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, cit., p.

Com efeito, sintética e analiticamente, para resolução de qualquer caso jurídico importa ter em conta a sua relevância enquanto problema jurídico na sua irreduzível individualidade, perante a qual se procede, tendo em conta a compreensão da juridicidade – *o sentimento do Direito* –, a uma comparação entre aquele e o sistema onde o mesmo se coloca. Desta mútua interpelação, tendencialmente, encontramos um critério normativo daquele sistema que funciona como uma primeira aproximação à solução daquele problema e consecutivamente através de um afunilamento progressivo chegamos, por entre aproximações, a um critério que o assimile.³⁵

Por seu turno, para o DIP os pólos de tensão, *o problema e o sistema*, acrescentam dificuldades quer porque aquele problema se coloca perante vários sistemas quer porque poderá ocorrer a concorrência entre critérios normativos de diferentes sistemas jurídicos. Contudo, os pólos de tensão são considerados em correlação, porquanto, são dois os problemas fundamentais do DIP: a consideração de que sistemas são mobilizáveis em referência ao problema e a consideração de que forma as normas se coordenam³⁶ perante o problema jurídico. Pela consideração destes dois problemas fundamentais se reconhece, uma vez mais, o porquê do problema judicando ser o *prius reflexivo* do DIP, já que a compreensão e possível solução daqueles problemas será sempre em sua referência e por ele.

α) Do primeiro problema considerado reconduzimos as *Condições de possibilidade de Mobilização* de certo critério normativo. O que vai dito radica na compreensão e correlação dos diversos sistemas jurídicos onde o problema judicando se

145 e ss. –, fazendo ainda uma advertência de que os momentos a que se aludem não se sucedem linearmente, antes se entrecruzam reciprocamente.

³⁵ Malograda a síntese, explicitações necessárias em CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 155 e ss., e FERNANDO JOSÉ BRONZE, «*Pj*→*Jd*. A equação metodológica (as incógnitas que articula e o modo como se resolve) in Analogias, Coimbra, 2012, p. 354 e ss.

³⁶ Cfr. HELENA BRITO, *A Representação nos Contratos Internacionais, Um contributo para o estudo do princípio da coerência do direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 679, coordenação que se “ (...) traduz na necessidade de, na regulação de cada situação da vida privada internacional, suprimir quaisquer incompatibilidades de efeitos jurídicos produzidos por normas provenientes de sistemas jurídicos diferentes. O princípio da coordenação exprime no âmbito do direito internacional privado a exigência de não contradição, ou seja o conteúdo negativo da unidade e da coerência do sistema jurídico.”. Explicitaremos o sentido da coordenação e o sentido a dar à unidade e coerência do sistema jurídico subsequentemente na Segunda Parte aquando do tratamento da experimentação de critérios mobilizáveis. Por agora, frise-se a ideia da mútua relação entre conexão e coordenação.

põe, onde é delimitada a sua competência e pelos quais ser “retiram” os possíveis critérios a ser mobilizados, ou seja, *uma condição (pela conexão) possibilidade (pela conexão e por uma correspondência entre a relevância jurídica do caso e do sistema jurídico) de mobilização de certo critério ou critérios normativos*. Garantindo-se, por sua vez, o respeito por uma multiplicidade de princípios constituintes, uma vez mais, a segurança e certeza jurídica e uma construção progressiva de uma justa solução do problema do caso. No recorte deste género de condições assiste-se a uma multiplicidade de exigências a que o Direito é convocado a regular num autêntico processo contínuo.

β) Da construção progressiva de uma justa solução do problema do caso, em respeito às condições decisivas para a mobilização, o problema do DIP, por ora, já se reporta a uma *Condição de Problematização* que se traduz na experimentação (verificação e falsificação) dos vários critérios normativos encontrados³⁷, como se se tratasse de um progressivo e sindicável afunilamento de uma questão geral de possibilidade de mobilização de onde se retira uma hipótese de solução para sucessivos testes até se chegar à assimilação do problema julgando³⁸. Aqui, se bem vemos, reside a nótula da decisiva materialização do DIP.

Só que por progressivo, o que já vai implícito nas considerações precedentes, não entendemos que tais condições, macroscopicamente consideradas em incidentes discursivos, sejam sucessíveis cronologicamente. Por ora, bastemo-nos com a apelação de uma unidade de onde se depreende que a multiplicidade dos campos de tensão do DIP que foram sido absorvidos nos permite reconhecer que *a condição radica em*

³⁷ Abordamos a experimentação nos quadros do DIP no mesmo sentido referido por CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 166, relativamente ao problema da norma aplicável, formulando o princípio de solução do problema concreto “ (...) é «aplicável» a norma ou normas do sistema jurídico que forem *hipoteticamente adequadas* para o tratamento judicativo-decisório do caso ou problema jurídico a resolver. (...) «hipoteticamente» num sentido análogo ao que é próprio do discurso científico-experimental. Se nesse discurso se elabora uma hipótese que se sujeita à experimentação (à verificação / falsificação), também da «norma aplicável» (...) não se poderá esperar mais do que uma *hipótese de solução* do caso concreto, uma antecipação ou projecto de solução, que na solução na questão-de-direito em concreto se submeterá a uma verdadeira experimentação metodológica (...) ”, também, FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições...*, cit., p. 835 referente a definição dentro dos candidatos possíveis o círculo dos candidatos positivos.

³⁸ Que não é uma aporia necessária, mas tradução de “ (...) um obstáculo, de uma perplexidade, de uma dúvida nascida na relação entre uma intencional pressuposição, com as suas exigências específicas de cumprimento, e uma situação real que resiste ou é opaca a esse cumprimento) ”, cfr. CASTANHEIRA NEVES, *ibidem*, p. 158.

*conexão que advém da realidade concreta, que a possibilidade advém de um critério que resolva a escolha da conexão a que se reporta aquela realidade*³⁹, e que a problematização advém da correspondência entre o(s) critério(s) normativo(s) e o caso.

3. Compreendido o problema do DIP através destes pólos de tensão⁴⁰ – *problema e sistema* – vemos que no essencial se trata de um processo idêntico de resolução quando comparado com um caso jurídico concreto não plurilocalizado. Igualmente nestes se estabelece uma condição de possibilidade de mobilização e condições de problematização, só que aqui unicamente em relação a um sistema jurídico ao qual aquele problema se põe. Neste sentido, na resolução de casos, ditos internos, a condição de possibilidade de mobilização radicar-se-á na correspondência, enquanto primeira aproximação, entre a relevância jurídica do problema e certos critérios normativos de um só sistema e as condições de problematização na sucessiva aproximação entre aquela relevância e a solução do problema ínsito ao caso.

Não olvidamos a concreta especificidade do DIP, a necessidade de selecção através de um fundamento e critério que estabeleça aquela condição de possibilidade de mobilização. Porém, o que queremos dizer é que não é pelo reconhecimento das especificidades destas condições – em sentido amplo, dos incidentes discursivos à luz do DIP – que a semelhança do processo de resolução entre casos plurilocalizados e casos internos é negada, ao que acresce que estes incidentes discursivos não estão para aquele processo complexo de resolução de um problema como algo prévio, nem tão

³⁹ Perante a condição de possibilidade de mobilização e condição de possibilidade de experimentação, se bem vemos, poderemos reconduzir vários princípios estruturantes do DIP: o princípio da harmonia jurídica internacional, enquanto projecção da afirmação da continuidade e conformação de valoração dos problemas jurídicos plurilocalizados, referente àquelas duas condições; o princípio da paridade de tratamento, enquanto princípio de uma idêntica capacidade de mobilização do sistema jurídico do foro e de um sistema estrangeiro e o princípio de maior proximidade, por referência ao problema judicando projectado especialmente em certo sistema mobilizável, referentes àquela primeira condição; por último, o princípio de harmonia jurídico material, correlativo à verificação e experimentação dos vários critérios normativos mobilizáveis e à sua coordenação, referente à segunda condição. Para a compreensão dos princípios do DIP, por todos, FERRER CORREIA, *Direito Internacional...*, cit., p. 111 e ss.; *idem*, *O novo Direito Internacional Privado...*, cit., p. 11 e ss.

⁴⁰ Tendo em conta a distância entre o problema e o sistema que não é “ (...) uma zona de segurança, mas um campo de tensões”, cfr. Th. W. ADORNO *apud* FERNANDO JOSÉ BRONZE, «Racionalidade e Metodologia. (nótula sobre os pólos e o sentido de uma relação de correspondência problemáticamente inucleada)» in *Analogias*, Coimbra 2012, p. 165.

pouco esta resolução é cronologicamente posterior àquele.⁴¹ A simples razão da necessidade de um critério que nos diga qual o sistema jurídico que irá “*dialogar*” com o caso apenas nos diz que esse mesmo critério é partidário daquela unidade de sentido ínsita ao problema enquanto centro polarizador daquele processo de resolução.

Pelo recorte problemático do problema jurídico afirma-se, agora nos visos do DIP, a conexão pela localização e a pergunta-problema que atenta para a possibilidade de mobilização, não nos sendo permitido analiticamente isolar cada um desses incidentes, já que o problema do DIP, como afirmámos, não envolve apenas a escolha de um critério mobilizável, mas também a coordenação desse mesmo critério face ao caso, ou seja, a sua experimentação.

Claro está que ao dizermos que o problema jurídico concreto irá estabelecer qual o critério, referimo-nos a uma autêntica mediação problemática entre a compreensão dos princípios e normas do DIP face àquele, o que não invalida, pelo menos na perspectiva de compreensão em que nos colocamos, que é esse caso que nos “*diz*” qual o critério que irá servir de mediação à experimentação.

Afirmámos que os incidentes discursivos radicam em condições de possibilidade de mobilização e condições de problematização e que tanto em casos plurilocalizados como internos eles se processam de maneira similar, impondo-se um esclarecimento: é que constantemente iremos voltar a estas estruturas, sabendo que esta destriça apresenta-se como uma *pergunta-problema*, uma hipótese a verificar ou falsificar ao longo do presente estudo, ou seja, estruturas pelas quais nos servimos, enquanto autênticos *instrumentos – operatórios*, para expressar a presente compreensão do DIP e do problema da qualificação. Estruturas, essas, que atomisticamente consideramos congénitas ao juízo jurisdicional. Por outro lado, é certo que mesmo no processo complexo implícito ao juízo tanto se pode reconhecer ou não certas especificidades e, pensamos, que é pela sua ocorrência ou não ocorrência que delimitamos analiticamente aqueles incidentes e condições.

⁴¹ Neste sentido, desta feita relativamente ao Direito Intertemporal, FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições...*, cit., p. 835.

4. Por entre os pólos de tensão que fomos progressivamente considerando, afirmando uma unidade inevitável, vemos que no DIP serão avocados à questão da condição da possibilidade de mobilização o problema da qualificação, pelo resultado problemático da dialéctica entre a localização do problema judicando e da pergunta-problema / relevância jurídica daquele face a um sistema mobilizável. Por seu turno relativamente à questão das condições de problematização remetemos o concurso de critérios normativos mobilizáveis, a adaptação e as próprias características do caso que modificam o sentido dessa mesma problematização, o que trataremos subsequentemente.⁴²

Das considerações precedentes explicita-se que a perspectiva de que partimos para a compreensão destes dois problemas radica no método da conexão e na prescrição de regras de conflitos especializadas⁴³. Como tal, o que fomos afirmando não se tratou, por evidência, de uma sua negação, mas sim de por ele procedermos ao recorte dos núcleos problemáticos do DIP compreendido à luz do juízo jurisdicional. Não prescindimos do método de conexão porque o mesmo não significa o reconhecimento de uma cisão de um momento formal e material nem tão pouco na impossibilidade do *prius* reflexivo do DIP ser o problema jurídico concreto. Pela nossa perspectiva o método de conexão apenas é uma necessidade lógica de atendermos – e não

⁴² Nos quadros do DIP relevamos, enquanto incidentes discursivos, o problema da qualificação vertido nas condições de mobilização e os mecanismos referentes a uma experimentação enquanto uma condição de problematização. Porém, identicamente, é excogitável a recondução da problemática do Reenvio àqueles incidentes discursivos. O mesmo será relativo, se bem vemos, àquela condição de possibilidade de mobilização, já que tal expediente procurando o acordo entre os vários sistemas mobilizáveis por referência ao princípio da harmonia dos casos julgados irá questionar, em primeira instância, aquele título ou condição / de mobilização de certo sistema face aos restantes onde o problema judicando se coloca. De outro modo, estabelecida a condição (interesse), o sentido da pergunta relativa ao âmbito da possibilidade (competência) é referente ao centro polarizador da Regra de Conflitos o elemento de conexão. Com efeito pergunta-se a um ordenamento jurídico se se considera competente, mesmo tendo demonstrado o interesse em se considerar mobilizável para assimilar a pergunta-problema do caso concreto. O mecanismo do reenvio é, assim, incidente discursivo e respeitante aos dois pólos de tensão congenitamente implicados no problema do DIP: o problema judicando e a interpelação dos diversos sistemas jurídicos interessados / mobilizáveis. Sobre o tema, veja-se, DOLINGER, *Direito Internacional Privado*..., cit., p. 335 e ss.; FERNANDO JOSÉ BRONZE, “*Continentalização*”..., cit., nota 478, p. 147; FERRER CORREIA, «*La question du renvoi dans le nouveau code civil Portugais*» in BFDC, vol. XLII, p. 245 a 283, Coimbra, 1966 e «*De novo acerca do reenvio no actual código civil português*» in BFDC, vol. XLV, p. 29 a 53, Coimbra, 1969; TABORDA FERREIRA, «*Considerações sobre a teoria do reenvio*» in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 17, 1957, p. 45, por último, para a crítica ao Reenvio como problema de interpretação do Direito dos Conflitos, BAPTISTA MACHADO, *Lições*..., cit., p. 178 e ss.

⁴³ A prescrição das regras de conflitos e a sua especialização preside à ideia que o problema judicando pode ser desdobrado consoante a sua relevância jurídica em múltiplos aspectos. Como afirmámos este desdobramento não pode implicar uma desvalorização daquela concreta individualidade que o problema plurilocalizado traz em si.

prescindirmos⁴⁴ - à coordenada espacial – localização – do problema julgando e dos sistemas onde este problema se coloca, o que não significa que todo o problema do DIP termine aí. Aliás, mesmo que se conceba o DIP e as suas normas como um sistema de segundo grau, tal não significa que nesse sistema o seu objecto não sejam os concretos problemas jurídicos. As normas de segundo grau e as normas de primeiro grau visam um quadro normativo unitário de sentido entre elas pelo qual será possível solucionar em termos prático- normativo adequados os problemas jurídicos plurilocalizados.⁴⁵

O DIP não se abstrai da solução a dar concretamente a certo caso e este é necessariamente o seu *prius reflexivo e condicionante*⁴⁶. Porquanto, é de concluir que se rejeita a nível sistemático que o problema conflitual seja a *ponte onde tudo começa*, porque o entrecruzamento das diversas variáveis, isto é dos pólos de tensão que se irão mutuamente interpelar ao longo do processo de solução de um problema plurilocalizado advêm sempre e por referência a este, assim como os campos de delimitação entre uma justiça “formal” e justiça “material” se esbatem conforme se compreenda a interpenetração entre a escolha de um critério normativo e a sua mobilização.⁴⁷

⁴⁴ Cfr. FERRER CORREIA, *Direito Internacional...*, cit., p. 97.

⁴⁵ Com isto não negamos as considerações sobre a natureza do DIP, cfr. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 39, pela simples razão que pelo facto das suas normas terem como escopo fornecer ao Julgador um critério de escolha para a mobilização de critérios normativos de sistemas estrangeiros, tal não afasta que, a par dessa escolha, a directa mobilização (comprovação e coordenação) de uma norma ainda é um problema do DIP. De outro modo, é dizer que ao DIP ainda assiste o encontro da norma mais adequada a assimilar o problema do caso. As perspectivas em questão não se afastam nem excluem, já que não negamos o carácter de reconhecimento próprio dos critérios do sistema de segundo grau.

⁴⁶ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 142, a propósito do problema da interpretação: “ (...) o caso jurídico não é apenas o objecto decisório-judicativo, mas verdadeiramente a perspectiva problemático-intencional que tudo condiciona e em função da qual tudo deverá ser interrogado e resolvido”, ainda, em especial, p. 159 a 162; neste sentido, veja-se, ainda, FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Pj→Jd. A equação...*, cit., p. 377.

⁴⁷ Atente-se uma vez mais à evolução histórica nos quadros do DIP do direito português: o reconhecimento de uma aproximação à Justiça Material e a modelação dos mecanismos do DIP, no sentido que vai implícito no texto, não implica necessariamente uma alteração a nível legislativo, até porque as regras relativas ao método do DIP necessariamente tem que ser maleáveis, assim como as constitutivas de uma parte geral deste sistema de segundo grau. Por esta razão, dir-se-á que paradigmaticamente as normas relativas à qualificação, ao reenvio, entre outras, não são restritivas ou limitativas do raciocínio do Julgador. Por outro lado, atente-se às considerações de MOURA RAMOS, *Linhas gerais...*, cit., p. 319 e ss, relativamente às alterações pontuais, mas não de cariz sistémico, sabendo que “ (...) concluída uma obra com espírito sistémico e vazada numa construção coerente, o seu desenvolvimento e superação dificilmente se faria por outra forma que não ensaiando os caminhos que aquela terá valorizado em menor grau, e procurando a sintonia com as novas realidades a que o Direito não pode deixar de responder. O que naturalmente implica um espírito de abertura e de reconstrução de uma unidade valorativa sem o qual a regulamentação das situações privadas internacionais não cumprirá a função, que constitui a sua finalidade precípua, de estabilização dos comportamentos e de tutela da continuidade da vida humana de relação afectada pela diversidade de sistemas jurídicos.”

Mesmo nos quadros do DIP, o julgador, atendendo àquele processo complexo que tem como acto nuclear o seu próprio juízo, olha para as diversas normas mobilizáveis sobretudo enquanto normas que *possivelmente* servirão de fundamento⁴⁸ para a possível aproximação e assimilação de certo problema jurídico plurilocalizado. Aproximação e assimilação com um sentido específico e através de um operador noético, que se depreende do que já foi dito, distinto face aos quadros tradicionais. Isto é, apesar de ser notória a persistente recondução do Direito aos parâmetros da lógica formal, normativisticamente determinada e à conseqüente organização da contingência que aparentemente só ela permite - o que se traduz num manifesto desejo em controlar e subverter as situações que historicamente vão surgindo, uma subversão contida na sua modelagem e submissão a normas prescritas como se a diversidade da vida tivesse que se subjuar a parâmetros de previsão e de certeza fixos -, em verdade a nota determinante do exercício em causa é o reconhecimento que quer o caso quer a realidade pré-objectivada só se compreendem em mútua referência. Como tal nem se pode subsumir o caso a uma norma que só é determinável por referência ao caso, nem a concreta individualidade de certo caso se subsume através de um reducionismo problemático a certa norma⁴⁹. O que se procura é a mútua interpelação entre aqueles

⁴⁸ Cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Racionalidade...*, cit., p. 164, face aos pressupostos do plano metodonomológico: o caso judicando e os fundamentos / critérios mobilizando. Só que, um critério é “ (...) um disponível operador técnico que pré-esquematiza uma solução.”, Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 142, enquanto que um “ (...) fundamento é a expressão de uma *ratio* em que se afirma uma *validade* – é *argumentum* de validade. E a validade é a manifestação de um sentido normativo” (...) “transindividual: o sentido fundamentante, argumentativamente invocável *pro* ou *contra*, que transcende os pontos de vista individuais de uma qualquer relação intersubjectiva (...) e os transcende pela referência e assunção de uma unidade ou de um comum integrante (“um critério divisível por todos os membros do mesmo universo de discurso”) em que, por um lado, os membros da relação se reconhecem iguais e em que, por outro lado, obtêm uma determinação correlativa que não é o resultado da mera vontade, poder ou prepotência de qualquer desses membros, mas justificável pelas suas posições relativas nessa unidade ou comum integrante.”, cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Teoria do Direito - apontamentos complementares...*, cit., p. 43. O Juízo do Julgador carece de fundamentação, através ou por mediação daqueles operadores técnicos, os critérios, evitando-se o “ (...) simples arbítrio elevado a fonte de decisões e a anarquia da Jurisprudência.”, cfr. VAZ SERRA, «*O papel do Juiz na interpretação da lei*» in *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I – Ano I, n.º 1, p. 2 a 13, 1941, p. 12, assim o fundamento é o último elemento justificativo do juízo, cfr. CASTANHEIRA NEVES, *A Metodologia...*, cit., p. 142.

⁴⁹ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 179: “ (...) o que temos por decisivo é o juízo juridicamente analógico entre a relevância material hipotética e a relevância material do caso jurídico concreto.” Nos quadros do DIP no sentido de superação do modelo silogístico-subsumitivo, FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Metonomologia entre a semelhança e a diferença...*, cit., nota 835, p. 332; outrossim, MATIAS FERNANDES, *A cláusula de desvio...*, cit., p. 25 e ss.; LIMA PINHEIRO, *A jurisprudência dos Interesses e o Direito Internacional Privado*, Relatório de Mestrado, Faculdade de Direito de Lisboa, policopiado, 1986, p. 115 e *Direito Internacional Privado*, vol. I (...), ob. cit., p. 394 e 395; ALAIN PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique: de la subsumption à l'abduction. Le exemple du droit international privé*, Bruxelas, 2003, p. 472 e ss.; por último, BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., nota

dois pólos através de uma estrutura noética que os aproxime através da sua semelhança na diferença (*unificação do heterogéneo*). A estrutura em causa que possibilita a realização prático-normativa adequada do Direito será ela inevitavelmente analógica.⁵⁰

2, p. 152, afirmando que “ (...) [é] muito curioso notar que as Regras de Conflitos não são propriamente susceptíveis de aplicação analógica, não porque sejam normas excepcionais, mas justamente porque toda a aplicação da Regra de Conflitos do Foro a um direito material estrangeiro é já, pode dizer-se, uma aplicação analógica”.

⁵⁰ Analogia enquanto significado de “correspondência”, de uma “relação” onde, por sua vez, se encontram outras relações, porquanto, “ (...) concebida segundo o seu conceito originário, a analogia é uma relação de relações”, cfr. HEIDEGGER, *Que é uma coisa? (Doutrina de KANT dos princípios transcendentais)*, trad. Carlos Morujão, Biblioteca de Filosofia Contemporânea, Edições 70, Lisboa, 1992, p. 216. Assim, “ (...) a analogia é o modo pelo qual se efectua toda a determinação do direito.”, cfr. KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, cit., p. 119; “ (...) a determinação do direito é uma constante interacção um ir e vir do olhar entre premissa maior e situação da vida”, ENGISCH *apud* KAUFMANN, *ibidem*, p. 121. Acresce que mesmo relativamente a esta estrutura noética afasta-se uma sua compreensão apenas lógico-formal ou analítica, exhaustivamente, FERNANDO JOSÉ BRONZE, *A Metodonomologia entre a semelhança e a diferença...*, cit., nota 1068, p. 438. Isto posto, a analogia, cfr. *idem*, «Breves Considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica» in *Analogias*, Coimbra 2012, p. 27 “ (...) se transformou num operador que sintetiza o *modus* discursivo que perpassa toda a problemática da racionalizada realização judicativa do direito (...)”, e que, no exercício metodonomológico visa-se uma “ (...) correspondência entre os *relata* (...), ou seja, a analogia (a semelhança na diferença) dos *termini* da reflexão que o traduz (o mérito problemático do caso concreto e a relevância problemática dos fundamentos / critérios do juízo também concreto), pois só assim o aludido exercício se poderá dizer cumprido.”, podendo-se afirmar uma identidade de carácter analógico “ (...) porque inclusiva dos conteúdos problemáticos menos absolutamente balizados e mais relativamente concebidos (...) ”, acrescentando que “ (...) se a individualidade de cada caso se recorta no horizonte de uma “série” integrante de todos os casos nela... “seriáveis” (...), a singularidade de cada caso-problema, marcada como é também por “um acaso” irrepetível, manifesta-se na “diferença [da situação que o traduz] relativamente [às demais] situações [emergentes] dentro de uma série assintoticamente contínua”, cfr. *idem*, *Racionalidade...*, cit., p. 164, 165 e 170; ainda, *idem*, «A analogia como link noético e by-pass noemático entre a igualdade e a metodonomologia» in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3979 (Março – Abril), Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 230.

II

DA QUALIFICAÇÃO E DA EXPERIMENTAÇÃO DE CRITÉRIOS MOBILIZÁVEIS: O QUADRO NORMATIVO UNITÁRIO DE SENTIDO ENTRE O FORO E O SISTEMA MOBILIZÁVEL EM CORRELAÇÃO COM O PROBLEMA JUDICANDO.

A. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

5. O problema do DIP pressupõe a consideração da localização do problema julgando face a um conjunto de sistemas jurídicos referenciados por este último. Para tal o DIP serve-se de um conjunto de critérios / regras especializadas⁵¹ com o propósito de resolver um problema subordinado⁵² ao problema referente da localização do caso⁵³.

⁵¹ Sobre a estrutura e funcionamento das regras de conflitos especializadas, entre outros, BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 57 e ss.; CARLOS FERNANDES, *Da natureza e função das normas de conflitos de leis*, Coimbra, 1992, p. 193 e ss., (em diálogo com as perspectivas de Ago, Morelli, etc.); FERRER CORREIA, «*A codificação no Direito Internacional Privado Português. Continuação*» in BFDC, vol. LII, Coimbra, 1976, p. 1 e ss.; MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação em direito internacional privado*, Lisboa, 1964, p. 56 e ss.; MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, cit., p. 402 e ss.; MOTA e BUHIGUES, *Derecho Internacional Privado*, 3.^a ed., Tirant Lo Blanch, Valência, 2009, p. 179 e ss.; RIGAUX e FALLON, *Droit International Privé*, 3.^a ed., Éditions Larcier, Bruxelas, 2005, p. 106 e ss.

Um esclarecimento prévio: de grosso modo, apenas temos em conta as regras de conflitos bilaterais, *hoc sensu*, um sistema bilateralista, com as correções avisadas por FERRER CORREIA, *Direito Internacional Privado...* cit., p. 129 e ss.; *idem*, *A Codificação (...) Continuação...*, cit., p. 1 e ss. Atente-se que, por referência a dois princípios fundamentais do DIP, a harmonia jurídica internacional e a paridade de tratamento entre o foro e os demais sistemas – cfr. MOURA RAMOS, «*Ferrer Correia e a codificação do Direito Português, em particular do Direito Internacional Privado*» in Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3976, ano 142.º (Setembro – Outubro), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 17 -, “ (...) a norma paradigmática (...) é a norma bilateral, ou seja, a que nos indica a lei competente (...), pouco importando que essa lei seja a do país onde o problema se levanta ou uma lei estrangeira.” Para a destrinça e crítica entre o sistema bilateralista e o sistema unilateralista, veja-se, entre outros, *idem*, *A Codificação (...) Continuação...*, cit., p. 1 e ss.; BERNARD AUDIT, *Droit International Privé...*, cit., p. 81 e ss.; LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado, vol. I...*, cit., p. 186 e ss.; RIGAUX e FALLON, *ibidem*, p. 145 e ss. Relativamente à função e estrutura da regra de conflitos, em referência a um princípio de igualdade que “ (...) pode garantir a respectiva universalização das normas respectivas (...) ”, veja-se MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, cit., p. 262, outrossim, este A. afirma que “ (...) concebendo-se a justiça do direito internacional privado em termos de requerer a sujeição de cada questão jurídica à disciplina da ordem jurídica que com ela apresenta os laços mais estreitos e, entendendo-se a regra de conflitos como o elemento a quem cabia traduzir essa relação de mais estreita proximidade entre cada ordenamento e as diversas questões que a vida jurídica pode suscitar, é o modelo da regra de conflitos bilateral que aparece como o mais adequado para traduzir uma tal escolha. Na verdade, o ter-se uma tal ideia de justiça conflitual e o professar-se a fé na função localizadora da regra de conflitos implica que o reconhecimento da competência de cada sistema jurídico seja feito depender apenas da localização dos factos a regular, em termos de se revelar perfeitamente irrelevante a identidade das várias leis em questão, nomeadamente a circunstância de uma delas ser ou não a *lex fori*. E só o sistema bilateral garante totalmente essa neutralidade da regra de conflitos em face das diversas ordens jurídicas em presença (...).”, cfr. *ibidem*, p. 224 e 225.

⁵² Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Contributo...*, cit., p. 842, daí que “as regras de conflitos (...) devem ser concebidas «como um meio ao serviço dos fins do direito internacional privado, da justiça conflitual, numa concepção em que a regra de conflitos tem um papel instrumental, com uma actuação que está portanto subordinada aos fins do direito internacional privado», MOURA RAMOS *apud* BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, p. 843.

⁵³ Neste sentido, BAPTISTA MACHADO, «*Autonomia do Problema do Reconhecimento dos Direitos Adquiridos em Machado Vilela e as suas Implicações*» in Obra Dispersa, vol. I, SCIENTIA

Serve-se de um conjunto de regras pelo reconhecimento⁵⁴ que serão os critérios normativos dos sistemas onde o problema se coloca que estarão à partida mais aptos a proporcionarem uma solução do problema do caso. Outras formas seriam excogitáveis de resolver o presente problema, todavia, as dificuldades em torno do uso deste género

IVRIDICA, Braga, 1991, p. 760 e ss. Note-se que caso nos encontremos perante um problema jurídico cuja relevância e pergunta-problema se põe perante vários sistemas, mas estes concordam entre si, que seja um sistema concreto a ser mobilizado, as regras de conflitos especializadas não são convocadas pelo Julgador pelo simples facto de não haver qualquer necessidade de distribuir / reconhecer – pelas conexões específicas – certas particularidades e relevâncias jurídicas daquele concreto caso. Pelo acordo entre os sistemas em causa o propósito da regra de conflitos não se manifesta, o que só explicita que as regras de conflitos procuram resolver um problema derivado e subordinado face ao Direito dos Conflitos. Tacitamente vai implicada a problematização do Reenvio, já que se não nos socorremos das regras de conflitos então, por sua vez, nunca chegamos a socorrer-nos das técnicas relativas àquele mecanismo. Contudo, aceitando-se este modo de ver as coisas, apenas o poderemos fazer por uma perspectiva unitária do problema do DIP. Analiticamente sempre se perguntará como é que sabemos se os vários sistemas conflituais estão de acordo. O exercício em causa é deveras difícil daí que o mesmo A. ao invés de uma rejeição liminar do Reenvio o coloque somente em dúvida, cfr. *idem*, *Âmbito...*, cit., nota 63^{bis}, p. 153.

⁵⁴ Não nos reconduzimos a um sentido da regra de conflitos especializada enquanto regras que regulam as situações jurídico plurilocalizadas de forma indirecta e, como tal, regras remissivas / indirectas, neste sentido, entre outros, BUHIGUES e MOTA, *Derecho Internacional Privado...*, cit., p. 177 e ss.; LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I..., cit., p. 31; MOURA VICENTE, *Da responsabilidade...*, cit., p. 40 e ss., BATIFFOL e LAGARDE, *Droit International Privé – Tome 1*, 8.^a ed., Paris, 1993, p. 412, e, sobretudo, MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional- Aspectos Fundamentais*, vol. I, Lisboa, 1954, p. 257. Por uma razão primordial: não é por se construir problemáticamente o DIP em torno do problema da conexão e da coordenação de critérios mobilizáveis, como tal, em torno de uma justaposição entre os momentos formais e os momentos materiais, se se quiser, entre a Justiça Conflitual / Formal e a Justiça Material, nem é pela consideração do problema judicando como o *prius reflexivo* e *condicionante* do DIP que temos que considerar as regras de conflitos como normas indirectas. Ainda nem nos reconduzimos à destriça entre *regulae agendi* e *regula decidendi* que é a nótula principal daquelas construções, se bem que autenticamente as normas de conflitos são critérios mobilizáveis pelo Julgador e, como tal, associáveis, se se quiser, a uma “visão judiciária” do DIP.

O ponto nevrálgico do problema reside sobretudo na seguinte questão: *resolvem ou não as regras de conflitos o problema para que foram mobilizadas?* A esta pergunta apenas podemos responder afirmativamente. As regras de conflitos atendem à localização do problema judicando e recognitivamente atendem aos sistemas jurídicos onde aquele problema se põe e, em segundo lugar, a interação entre as regras de conflitos do foro e os critérios mobilizáveis dos sistemas estrangeiros é integrante e correlativa dos mesmos, daí a coordenação entre as normas (quanto a este ponto ficará mais claro aquando da problematização em torno do quadro normativo unitário de sentido entre as regras de conflitos e os critérios normativos dos outros sistemas). Acresce que, rigorosamente, não nos reconduzimos aos quadros tradicionalmente concebidos quer por uma razão de enquadramento histórico quer, sobretudo, porque tal como perspectivamos o problema do DIP este baseia-se na reflexão problemática em torno de uma condição de possibilidade de mobilização e de uma condição de problematização, isto é no reconhecimento de uma capacidade ou verificação de uma condição / título e a correspondente verificação dessa mobilização. Por último, pensamos que para quem tome o caso plurilocalizado como *prius reflexivo* e *condicionante* do DIP a destriça entre regras recognitivas e regras remissivas / indirectas vai bastante diluída. Todavia, na sua trave-mestra ainda é a nótula da capacidade recognitiva que é a força motriz das regras de conflitos. Para além desta asserção, atente-se que mesmo nos quadros tradicionais as duas perspectivas mencionadas não levam a respostas inteiramente diferentes ou que se excluam, muito pelo contrário (pelo menos relativamente ao problema da qualificação e aos conflitos e concursos de normas).

Construindo a regra de conflitos recognitivamente veja-se especial e determinantemente BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 70; *idem*, *Âmbito...*, cit., p. 29 e ss. e FERRER CORREIA, *Direito Internacional Privado...*, cit., p. 178 e ss.

de regras apenas se verificarão a jusante aquando da coordenação desse conjunto de critérios face ao problema judicando.

O sentido e alcance dessas regras especializadas só é perceptível, em primeira instância, pela consideração dos seus elementos constituintes e, subsequentemente, pelo critério normativo a que faz referência, por conseguinte, a operacionalidade de qualquer regra de conflitos tem em conta o campo traçado pelo problema plurilocalizado, ou seja, pela sua concreta relevância jurídica e pela sua localização.

Compreendemos as regras de conflitos especializadas não as reconduzindo propriamente a uma estrutura típica / tradicional de uma norma jurídica, mas sim a uma estrutura que passa pela correlação entre os seus elementos constituintes⁵⁵ que fornecem ao Julgador ao interpelar o caso um critério que a nascente respeita a condição radicada na localização daquele e a jusante distribui a possibilidade de certo critério normativo de ser mobilizável.⁵⁶ Logo, pela conjugação dos seus mecanismos constituintes a regra de conflitos permite-nos aceder a um critério de escolha face aos sistemas jurídicos onde o problema plurilocalizado se coloca.⁵⁷ Por esta razão a operacionalidade das regras de conflitos é um problema subordinado face à questão da localização do problema jurídico. Aos olhos do julgador interpela-se o problema jurídico pelo prisma da sua localização, por sua vez, após o reconhecimento de vários sistemas jurídicos, ele socorre-se da regra de conflitos para, sempre em interpelação com o caso, adjudicar a

⁵⁵ Cfr. BAPTISTA MACHADO, «*Conflitos de Leis*» in *Obra Dispersa*, vol. I, SCIENTIA IVRIDICA, Braga, 1991, p. 834.

⁵⁶ No fundo não reconduzimos a regra de conflitos à estrutura tripartida de um objecto de conexão, o elemento de conexão e uma consequência jurídica, cfr. FERRER CORREIA, *Direito Internacional Privado* ..., cit., p. 140. Note-se BAPTISTA MACHADO, *Âmbito*..., cit., p. 416: (...) ela [a regra de conflitos] não nos surge como uma autêntica norma com uma hipótese de facto e uma consequência de direito. Mas podemos configura o conceito-quadro (...) como a prótase (...) que, em vez de descrever os dados relevantes para a solução dum dado problema, enunciaria, antes, o próprio problema) e o elemento de conexão típico como a apódose (...). Configuramos a regra de conflitos como um critério problemático cujo sentido apenas será perceptível com a sua correlação com a *lex causae* (não sendo, é certo, uma parte integrante do critério normativo desta última) por referência ao problema judicando. De outro modo, a regra de conflitos fornece um critério que coloca os termos do problema de mediação conflitual (conceito-quadro), face a um sistema mobilizável especificado pelo factor operativo daquela regra (o elemento de conexão) por referência ali à pergunta-problema e aqui à localização do problema judicando.

⁵⁷ Em sentido *semelhante*, veja-se MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação*..., cit., p. 93, afirmando que “só pela concretização da hipótese de facto contida na norma de conflitos se descobre, através do conteúdo que ganha o elemento de conexão em dada situação real da vida, o ordenamento jurídico local efectivamente designado em cada caso”.

sua relevância jurídica ou partes dessa mesma relevância⁵⁸ face àqueles sistemas. De outro modo, ali a relevância do *princípio da não-transactividade* e de uma Regra de Conflitos Primária, aqui o recurso a uma regra de conflitos pela necessidade de resolver a possibilidade de um concurso de critérios normativos pertencentes a diversos sistemas que se desvelam como *possivelmente* mobilizáveis.

Cada um dos mecanismos atomisticamente considerados da regra de conflitos apresenta em si parte de um processo que culmina na escolha de um sistema jurídico - escolha que não arbitrária, mas esta nota será uma evidência. Por ora, atentemos, a cada um dos seus mecanismos constituintes e, também, ao critério normativo do sistema jurídico a que a mesma se reporta.

6. As regras de conflitos especializadas reportam-se a um conjunto distinto de matérias e questões jurídicas, este recorte deve-se à assunção problemática de que uma situação plurilocalizada se pode desdobrar em múltiplos aspectos. Tal recorte radica nos conceitos-quadro destas regras⁵⁹. Este possui uma função aglutinadora das valorações jurídicas de uma *communitas*, de tal forma que ele será tanto ou mais extensível consoante as estruturas – social e culturalmente consideradas – dos diversos ordenamentos jurídicos. Uma autêntica força de expansão lógica daquele conceito que possibilita a recondução (pela origem, formação e estruturação) de diferentes conceitos de diferentes sistemas jurídicos que partilhem nas suas traves-mestras aquelas valorações jurídicas que perfazem o sentimento de comunidade. Isso não quer dizer que esta aproximação não seja possível entre ordenamentos com valores radicalmente diferentes.

Em princípio, o conceito-quadro estará apto a reconhecer semelhanças e diferenças independentemente da família jurídica em que um ordenamento se insira.

⁵⁸ A mobilização de certo critério normativo em correspondência com certa particularidade da relevância jurídica leva à asserção que o modo de regulamentação das questões privadas internacionais se assemelha a um «método de mosaicos», cfr. WENGLER *apud* MOURA VICENTE, *Da responsabilidade...*, cit., nota 1343, p. 381.

⁵⁹ Por todos, FERRER CORREIA, «*O problema da qualificação segundo o novo direito internacional privado português,*» in BFDC, vol. XLIV, Coimbra, 1968, p. 41, “ (...) conceitos-quadro, aptos a receber uma multiplicidade de conteúdos, conceitos de extensão muito variável, desde aqueles que designam uma das grandes divisões clássicas do sistema de direito privado (direitos reais, direitos de crédito), até aos que referem um tipo determinado de negócio jurídico (...), ou inclusivé um aspecto parcial da regulamentação de um negócio (...)”.

Claro que subjaz a este entendimento uma construção do conceito-quadro à luz de certo tipo de compreensão. Dizemo-lo assim porque, em verdade, abstractamente considerado o conceito-quadro pode assumir as vestes de qualquer perspectiva que se tenha sobre a operacionalidade da regra de conflitos. De outro modo é dizer que, ao contrário do elemento de conexão que como veremos tem um sentido específico, o conceito-quadro pode ser referente a qualquer coisa, logo abstractamente considerado é mero arrimo da forma como se entenda e perspective a regra de conflitos especializada.

7. Dissemos que a regra de conflitos procura destacar uma particularidade do problema plurilocalizado para a reconduzir a um sistema jurídico. Tal procedimento de recondução e reconhecimento é feito através de uma conexão específica, mormente, pelo elemento de conexão daquela regra de conflitos.

O elemento de conexão é o centro polarizador e primordial da regra de conflitos especializada⁶⁰. Ao contrário do que se possa pensar não o é o conceito-quadro, já que é pelo elemento de conexão que a regra de conflitos fornece um fundamento de possibilidade à mobilização de um critério normativo. Assim, a regra de conflitos indica qual a conexão a que se deverá dar preferência para este ou aquele tipo de questões ou matérias de direito privado, o que se traduz numa opção por este ou aquele sistema a que esteja ligado o problema plurilocalizado. Abstractamente considerada esta opção vemos que ela é resultado não só da valoração jurídica⁶¹, mas também da política do ordenamento jurídico do foro. Acresce que o elemento de conexão não é mais do que o conseqüente lógico e necessário da referência à localização do problema judicando. Ao dizermos que ele é o centro polarizador e fundamento de mobilização referimo-nos, analiticamente, a um progressivo e sindicável afunilamento: *“Localização do problema judicando”* → *“elemento de conexão”* escolhido entre um restrito campo de elementos possíveis tendo em conta aquela localização → *“conexão específica e relativa a um concreto sistema jurídico”*.

⁶⁰ Cfr. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade...*, cit., p. 398, “O elemento de conexão revela, na verdade, o interesse, valor ou fim que constitui a essência da disciplina pela regra de conflitos de leis para cada categoria de relações ou situações jurídicas.”

⁶¹ Valoração Jurídica pelos princípios normativos referentes ao Direito Conflitual e ao DIP, no sentido de se prescrever qual será o sistema jurídico cujos critérios estejam em melhores condições de serem mobilizados, cfr. FERRER CORREIA, *O novo Direito Internacional Privado...*, cit., p. 10.

Por esta razão, o elemento de conexão é um mecanismo referente a um *quid facti*⁶², na exacta medida, que tendo em conta a localização do problema julgando se retira / se descobre a peça fundamental de determinação da conexão relativa a um sistema jurídico, constatando-se as particulares relevâncias do caso referentes quer aos sujeitos quer ao objecto do mesmo⁶³ através de uma mera descrição ou até se socorrendo de conceitos técnico-jurídicos. Essas particulares relevâncias são relativas ao recorte do mérito problemático do caso, o que nos reconduz, uma vez mais, ao reconhecimento do caso decidendo enquanto *prius* reflexivo do DIP.

Em rigor, mesmo que o elemento de conexão avoque um conceito técnico jurídico, esse mesmo conceito não exige que tal qualidade jurídica seja interpretada problematicamente⁶⁴. Tal qualidade será referente àquela particular relevância do caso, mas desta feita normativa porque referente a uma qualidade que terá que ser apurada em face do ordenamento em causa, constituindo-se uma autêntica *referência pressupponente*⁶⁵ adequadamente compreendida nos quadros do sistema jurídico onde

⁶² Tradicionalmente, por todos, BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 79 e ss. e p. 102, especificamente: α) o Elemento de conexão apenas operaria se descobrisse um *quid* positivo que corresponde ao conceito que o designa, o que significa que a aplicação deste conceito envolveria a indagação e resolução de uma *quaestio facti*; β) por seu turno, o Conceito-quadro não exigiria, para a sua aplicação ou funcionamento, a descoberta de algum dado positivo em que se concretize o seu conteúdo, ou seja, não exigiria a resposta a uma *quaestio facti*. Esta distinção deve-se, sobretudo, à separação tradicional entre *questão de facto e questão de direito*, como tal pelas considerações precedentes depreende-se que também referimos aquele conceito-quadro ao problema julgando e isto porque simplesmente não há uma cisão entre aquelas duas questões, mas sim um *continuum*. É certo que não falamos de uma “subsunção dos factos da vida” ao conceito-quadro, mas sim de uma co-relação entre ele e o concreto caso decidendo e, sobretudo, num sentido englobante entre o critério problemático do foro como um todo em relação com o concreto caso. Acresce que o recurso a certa regra de conflitos pressupõe o recorte do mérito problemático do caso pela sua juridicidade e pelo seu *possível* desdobramento, por esta razão, como veremos, o problema da qualificação não se põe somente por referência à interpretação do conceito-quadro, já que o Julgador para afirmar um quadro normativo unitário de sentido terá que o fazer através do *elemento de conexão* enquanto factor operativo da capacidade de mobilização de certo critério normativo de uma *lex causae*. Logo, este não poderá ser excluído da óptica do problema da qualificação, sendo decisivo para a mobilização dos vários sistemas onde o problema jurídico se coloca.

⁶³ Daí a referência ao problema julgando, enquanto “caso antropocronotopicamente circunscrito, *i.e.*, o problema que emerge entre determinados sujeitos, em dado momento, em certo lugar e de um específico modo (...)”, cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Racionalidade...*, cit., p. 171.

⁶⁴ Pelo menos no sentido de a par do problema da qualificação em DIP, o elemento de conexão não suscitar problemas de semelhante ordem. Em sentido divergente, veja-se, MOURA VICENTE, *Da responsabilidade...*, cit., p. 382.

⁶⁵ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 81, relativamente à questão da nacionalidade vertida no elemento de conexão, afirmando que é “ (...) da própria situação ou da qualidade jurídica do cidadão desse Estado. Essa qualidade há-de ser apurada em face da lei cuja cidadania esteja em causa.”

Note-se que, para compreender o que vai dito *supra* no texto, é preciso ter em que conta que um conceito técnico-jurídico avocado ao elemento de conexão pode ser referente a uma designação por complexos normativos da *lex fori* ou a uma verificação da existência de certa qualidade. Num sentido

aquele elemento de conexão se diluí na conexão específica. Num sentido unitário não há uma cisão na operacionalidade da regra de conflitos face ao sistema jurídico da *lex causae*, destarte analítica e como veremos ulteriormente destacaremos o critério problemático do foro e o critério normativo daquele sistema. Aquela referência pressupponente serve, assim compreendida, para afirmar um quadro normativo unitário de sentido entre as normas de segundo grau e normas de primeiro grau.⁶⁶

englobante apenas mencionamos a referência pressupponente implícita neste segundo género de referências porque a primeira decorre de uma *necessidade lógica de expressão* de uma conexão factual em tudo idêntica à usada pelos critérios normativos do foro aquando de conexões factuais como são a residência, o domicílio, entre outros.

⁶⁶ Analogamente às considerações precedentes sobre as referências pressupponentes estará a compreensão do *problema da questão prévia*, cfr. BAPTISTA MACHADO, «*Da Referência Pressupponente ou «Questão Prévia» na Aplicação da Lei Competente*» in *Obra Dispersa*, vol. I, SCIENTIA IVRIDICA, Braga, 1991, p. 824. Analiticamente, vemos que uma referência a uma situação pressupponente de um critério da *lex causae* terá que ser tido como uma particular relevância desse mesmo critério, de outro modo um dado de facto. Não sendo necessário recorrer a outra norma de conflitos para delimitar qual o sistema jurídico competente em relação a essa situação pressupponente porque, em verdade, não há qualquer concurso de critérios mobilizáveis a resolver. O problema da questão prévia é simplesmente um problema de *compreensão de um critério constituído nos quadros do sistema da lex causae que se apresenta como mobilizável para a experimentação no esquema metódico*. Assim compreendido, não nos situamos no campo de uma qualquer condição de possibilidade de mobilização em que tenhamos que nos socorrer de um critério problemático do foro para resolver uma questão conflitual face à situação pressupponente. Claro está que a referência pressupponente para a materialização de certo elemento de conexão é questão diversa do problema da questão prévia. Naquele vai-se buscar o critério objectivo à *lex causae* para compreender o critério do foro face ao elemento de conexão. Neste, na questão prévia, não está em causa compreender um critério do foro vertido numa regra de conflitos, mas sim compreender o próprio critério normativo da *lex causae* que, por alguma razão, pressupõe a existência de uma situação sob a alçada de outro ordenamento jurídico. Em rigor e analiticamente no que toca à Questão Prévia nem estamos perante um problema conflitual, logo aquele problema é referente a uma condição de problematização de um critério mobilizando, onde não se questiona o título, condição ou capacidade de mobilização.

A semelhança estabelece-se por se tratar de um problema de compreensão de um critério nos quadros da *lex causae*. Atente-se que “ (...) tal referência duma norma a uma situação jurídica ou a um facto preliminar só é pressupponente (...) quando é *obliqua*, isto é, quando o dado pressuposto (...) não é encarado por si mesmo, autonomamente, como objecto de regulamentação ou como causa do problema normativo em questão, mas antes sob a perspectiva (ou no contexto) do regime doutro facto ou situação (situação-problema ou causal) – aparecendo *elemento de resposta* dada à questão principal pela lei que a rege e, portanto, como meio de exprimir o regime ou a valoração a que é submetida a situação jurídica em causa (a principal).” Depreende-se que a referência pressupponente não é uma referência recognitiva ou atributiva de competência (referência de reconhecimento da capacidade de mobilização). De outro modo, referência pressupponente não juridifica as normas dos complexos normativos estranhos a que, indirectamente, vai dirigida. Ela apenas confere relevância, na medida em que confere relevância a situações, qualidades ou qualificações jurídicas por elas criadas, ao tomar estas situações ou qualidades como pressupostos ou dados de facto. A referência pressupponente tanto pode achar-se numa norma de direito material como numa norma de direito de conflitos (mas, neste último, só acontece para efeitos de determinação de um pressuposto de mobilização de certa lei), ali o problema da questão prévia aqui o problema referente aos elementos de conexão em que são avocados conceitos técnico-jurídicos.

Para uma compreensão do problema da Questão Prévia, veja-se, entre outros, BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, cit., p. 315 e ss. e, ainda, a monografia de AZEVEDO MOREIRA, *Da questão prévia em direito internacional privado*, Coimbra, 1964.

Acrescente-se, sucintamente, que as regras de conflitos especializadas podem apresentar conexões cumulativas, condicionais, exclusivas, alternativas e subsidiárias⁶⁷, isto porque através do recorte problemático do caso plurilocalizado se atende às múltiplas possibilidades de conexão face a vários sistemas jurídicos onde o caso se coloca. As técnicas referidas vão ao encontro da escolha por parte do ordenamento do foro (pela sua valoração jurídica e igualmente pela sua valoração política⁶⁸) de acordo com certa particularidade / relevância jurídica em respeito dos princípios que o DIP visa.

8. O critério normativo a que a regra de conflitos faz referência, *rectius* reconhece como mobilizável, tem que ser considerado nos quadros da tessitura do sistema jurídico a que pertence⁶⁹, pelos nexos constituintes desse sistema considerado como um todo⁷⁰, mesmo que a regra de conflitos opere um reconhecimento selectivo nos quadros desse sistema jurídico⁷¹. Nem de outro modo em verdade poderia ser. Porém atente-se que isto não significa que, por sua vez, caso esse mesmo critério tenha que ser coordenado com outro, por razões derivadas de um concurso de normas, não seja adaptado às concretas especificidades do problema judicando, à sua individualidade. Daí que o Direito de Conflitos seja um direito de conexão e de coordenação. Além disso, é certo que os critérios normativos de certo sistema jurídico

⁶⁷ Sobre as modalidades de conexão, entre outros, veja-se BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 58 e ss.; MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação...*, cit., p. 16 e ss.; LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional privado, vol. I...*, cit., p. 291 e ss, em especial, p. 297.

⁶⁸ Tradicional e paradigmaticamente sobre o estatuto pessoal e a conexão radicada na nacionalidade ou na territorialidade.

⁶⁹ Cfr. FERRER CORREIA, *O problema da qualificação...*, cit., p. 59; MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação...*, cit., p. 216, “a recondução de certa regra material, concretamente considerada, a uma dessas categorias, supõe ainda a devida caracterização da regra em questão e tal caracterização há-de assentar necessariamente na análise do conteúdo e alcance desse preceito (...) a caracterização da norma a qualificar há-de processar-se à face da ordem jurídica em que ela se insere – único «meio» capaz de a revelar em toda a sua verdade.”

⁷⁰ Cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Breves Considerações...*, cit., p. 24, explicitando que o sistema “ (...) intervém sempre todo no juízo decisório, mesmo quando o critério utilizado parece ser apenas um...”.

⁷¹ Cfr. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação...*, cit., p. 191, já que só “ (...) perante cada norma de conflitos, tomada de per si, poderá decidir-se, através do confronto com a regulamentação interna correspondente à categoria utilizada por essa norma, se determinados preceitos estrangeiros, concretamente considerados – olhados no seu conteúdo, no seu contexto e no significado jurídico que lhes pertence à face da ordem jurídica em que se inserem, são ainda reconduzíveis à categoria visada na norma de conflitos em causa, apesar da diferença que os separa das disposições homólogas do direito material interno.”

não podem ser descaracterizados de tal forma que não se possa reconhecer uma identidade radicada na coerência interna daquele sistema.⁷²

Um sistema jurídico decompõe-se em vários estratos (princípios, normas, jurisprudência e dogmática⁷³). A escolha por um desses estratos implica a consideração dos restantes⁷⁴. Assim, ao mobilizarmos um critério normativo constituído de certo sistema jurídico, o julgador não pode extrair esse critério e preenchê-lo com valorações estranhas àquele sistema. Uma coisa é o problema judicando interpelar o sistema e este, por seu turno, o problema e através dessa mútua interpelação aquele concreto sistema se desenvolver e reelaborar-se em ordem do e pelo problema⁷⁵. Outra distinta é retirar-se um critério e descaracterizá-lo ao ponto de não poder ser reconduzido a esse sistema e o mesmo ser considerado um elemento estranho no seu todo orgânico.

⁷² Também, FERRER CORREIA, *O problema da qualificação...*, cit., p. 59, tendo em conta que “ (...) o material a ordenar (...) pertence à *lex causae* – e as suas características só podem naturalmente ser as que a própria *lex causae* lhe imprimir. (...) é perante a *lex causae* que cabe determinar que características efectivamente concorrem nos preceitos potencialmente aplicáveis. Para tanto, o que importa é estabelecer o conteúdo e o âmbito, as conexões sistemáticas e a finalidade ou função dos mesmos preceitos – tudo, evidentemente, *no quadro do respectivo sistema jurídico*.”

⁷³ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 155 a 157, explicitando-se os vários estratos: os “ 1) (...) princípios a manifestarem o momento de «subjectividade» do sistema, no sentido ontológico do termo. O momento em que a intenção axiológica-normativa se assume e, portanto, o momento verdadeiramente normativo ou de regulativa *validade fundamentante* (...)”; a “3) (...) jurisprudência (...) momento da objectivação e estabilização de uma já experimentada realização problemático-concreta do direito (...)”; e, por último, a 4) (...) dogmática, enquanto o resultado de uma elaboração «livre» (...) e de uma normatividade que apenas se sustenta na sua própria racionalidade fundamentada (...) momento dogmático em que o sistema encontra a sua racional e decisiva objectivação (...)”. Veja-se, ainda, FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições...*, cit., p. 607-681.

⁷⁴ Sendo esta “ (...) *la première conclusion en matière de qualification des droit international privé: La necessite de respecter les liens téléologiques que les règles peuvent présenter dans l'ordre juridique auquel elles sont empruntées* (...) ”, cfr. WENGLER, «*Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé*» in *Revue Critique du Droit International Privé*, n.º 1 (Janeiro – Março), Sirey, Paris, 1954, p. 673.

⁷⁵ Já que os estratos componentes do sistema jurídico só se desvelam “ (...) se os considerarmos na sua intencionalidade problemática, *i.e.*, se relevarmos (para além da sua *arché* axiológica) o seu *telos* prático”, cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Racionalidade...*, cit., p. 173. Ainda, relativamente à associação entre racionalidade e a conexão sistemática, tendo em conta que a “ (...) “coerência” que assim se intenciona remete-nos para a pressuposição de um sistema e para a ideia de relação: para a pressuposição de um sistema, porque só nesse contexto de significação (...) emergem, inteligíveis, os problemas que nos interpelam e os argumentos que nos ajudam a resolvê-los; e para a ideia de relação (...) porque os problemas e os argumentos de um qualquer sistema (...) relacionam-se uns com os outros (se assim não fosse, não poderia sequer falar-se em... sistema – em conjunto articulado de uma mais ou menos extensa cópia de estratos)”, cfr. *ibidem*, p. 164.

B. DA QUALIFICAÇÃO: O PROBLEMA JUDICANDO EM CORRELAÇÃO COM UM QUADRO NORMATIVO UNITÁRIO DE SENTIDO

9. A compreensão do critério problemático do foro não é mais do que uma questão de *interpretação* da regra de conflitos especializada, *especificamente*, do seu conceito-quadro, tendo em conta que aquela interpretação terá que ser compreendida por referência ao problema judicando.⁷⁶ Aqui, nos visos do DIP, o que se procura é recortar um critério que pré-esquematiza a solução do caso, *hic et nunc*, do sistema jurídico através do recorte problemático de um critério subjacente aos mecanismos constituintes da regra de conflitos do foro. Assim, chegamos àquele critério mobilizando através deste último por referência ao recorte ora da localização do problema judicando ora da sua particular relevância jurídica.

O sistema conflitual do foro propõe-se a servir de mediação a um reconhecimento que já vai implícito pela localização do caso. Como tal o sentido dessa mediação, desta feita, pela relevância jurídica é o que, por ora, se coloca em questão. Destarte, frise-se que nos quadros da presente compreensão a regra de conflitos do foro entende-se do caso para o sistema da *lex causae*, o que implica o reconhecimento de um quadro normativo unitário de sentido, como veremos. Subjacente a este entendimento está a ideia que a interpretação do critério problemático do foro só unitariamente com a *mobilização* da norma da *lex causae* perfaz uma *verdadeira interpretação jurídica* por referência ao caso plurilocalizado.⁷⁷

Para a compreensão do critério problemático do foro, a que reconduzimos a ideia de sentido e alcance da regra de conflitos, impõe-se, conseqüentemente, a especificação do próprio sentido de como tomamos em conta o seu *conceito-quadro*. Afirmámos que

⁷⁶ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *A metodologia ...*, cit., p. 142 e ss.

⁷⁷ Cfr. *ibidem*, e, em conclusão, p. 154, relativamente ao *continuum* entre a «interpretação», «a aplicação» e a «integração».

o conceito-quadro seria um arrimo daquele sentido global da regra de conflitos especializada e, macroscopicamente considerado, do próprio método subjacente ao DIP, ao contrário do elemento de conexão que possui, quer seja a perspectiva que adotemos, um sentido específico enquanto factor operativo e fundamento daquelas regras. Portanto, pelo conceito-quadro se estabelecerá a medida em que certo critério normativo de um sistema onde o caso se coloca é reconhecido como mobilizável face a certa relevância jurídica daquele problema plurilocalizado. Enquanto arrimo, contudo, é possível ser visto à luz de diversas perspectivas, mormente à luz da *lex fori*, do Direito Comparado e da *lex causae*⁷⁸, o que analisaremos subsequentemente.

α) Consideremos, por ora, o conceito-quadro como referência a matérias ou questões jurídicas entendidas e recortadas pelo próprio ordenamento do foro, a quem aquela regra pertence. Neste sentido, o conceito-quadro do ordenamento do foro é compreendido pelas normas constituintes desse mesmo ordenamento havendo uma identidade entre aquele mecanismo e este género ou tipo de critérios normativos. Para este tipo de construção do conceito-quadro a correspondência com certo sistema jurídico será sempre negada, quando este sistema, de acordo com certa questão ou matéria jurídica, não seja constituído por normas idênticas às do ordenamento do foro.

Implícito a esta construção está a ideia de que as únicas valorações jurídicas a ter em conta são aquelas que pertencem a ordenamento do foro e o problema conflitual não seria mais do que um *espelho* dessas mesmas valorações – uma referência automática aos seus próprios critérios normativos⁷⁹ como única via de atender a outros sistemas jurídicos.

A crítica de fundo a esta construção radica em tomar como ponto de partida do DIP unicamente a regra de conflitos especializada olvidando duas variáveis essenciais: primeiro, que a regra de conflitos responde a um problema subordinado e, segundo, que o problema jurídico plurilocalizado é o *prius reflexivo e condicionante* do DIP. O que está em causa é que à luz desta construção o caso concreto plurilocalizado é recortado

⁷⁸ Cfr. FERRER CORREIA, *O problema da qualificação...*, cit., p. 41 e ss. Também aqui estaremos perante uma pluralidade de técnicas para a compreensão dos conceitos-quadros, apenas atendemos àquelas que nos seus traços essenciais constituem paradigmas de *interpretação / compreensão*.

⁷⁹ Cfr. FERRER CORREIA, *Direito Internacional...*, cit., p. 153

unicamente em referência ao ordenamento do foro e, por conseguinte, a própria localização do mesmo é feita unicamente em referência a ordenamentos com idênticos critérios normativos, ou seja, uma referência *artificial* à localização do caso decidendo.

Com efeito, as particulares características do problema judicando seriam as que o foro “*quisesse*”, não arbitrariamente é certo, mas por uma necessidade de correspondência com os seus critérios normativos. Logicamente depreende-se que nesta perspectiva será sempre negada uma qualquer unidade normativa de sentido entre o sistema do foro e o sistema da *lex causae*.

Procedendo-se a uma supressão da diferença entre sistemas jurídicos, o conceito-quadro tem, no âmbito desta construção, uma força restritiva e, *in fine*, ablativa entre a relação da regra de conflitos especializada e os vários sistemas jurídicos em contacto com o caso. Ao que acresce que simplesmente se ignora uma possível paridade de tratamento entre o ordenamento do foro e os restantes ordenamentos perante os quais o problema se põe. O que acarreta que os problemas plurilocalizados teriam solução diferente conforme o ordenamento em que aqueles fossem levados a juízo. Para nós, exige-se ao DIP que coloque os diversos sistemas jurídicos em pé de igualdade. De tal modo que um sistema jurídico estrangeiro e os seus critérios normativos sejam considerados mobilizáveis sempre que mesmo que ele fosse o sistema do foro se apresentasse como mobilizável. Tendência, digamos, verdadeiramente universalista, mas sobretudo em obediência à ideia que o caso concreto põe o seu problema aos vários sistemas (quanto muito parte da sua relevância jurídica) e a mesma não pode ser reduzida problemáticamente à luz de um conceito-quadro eminentemente restritivo.

Explicitemos: imagine-se um conceito-quadro referente à responsabilidade extracontratual que é constituído e interpretado à luz das normas da responsabilidade extracontratual do ordenamento do foro. Claro está, que na diversidade de sistemas jurídicos e na diversidade de modos de conceber a própria responsabilidade civil, pelos nexos e interligações próprias da tessitura daqueles sistemas, um conceito-quadro assim delimitado não estaria apto a absorver critérios normativos que *aparentemente* se reconduzisse nos seus traços gerais à categoria da responsabilidade civil contratual, mas que no quadro dos seus sistemas cumprissem a mesma função do que aquelas

normas relativas à responsabilidade extracontratual⁸⁰. De outro modo, no *Sistema Jurídico “y”*, com normas do “*tipo b*” não haveria correspondência com um conceito-quadro de “*tipo a*”. Logo, é o conceito-quadro de “*tipo a*” que delimita a competência dos sistemas jurídicos envolvidos pela recondução de normas do “*tipo a*” àquele conceito.⁸¹ Delimita-se a competência porque se assume que o *prius* reflexivo do DIP é a própria regra de conflitos especializada, de tal forma que se receia o abandono aos critérios normativos de um sistema estrangeiro, já que, se assim não fosse, o foro poderia deixar de ser competente para um caso plurilocalizado em que, afinal, até fosse passível de ser mobilizado.⁸²

Avancemos com mais um exemplo⁸³: pense-se num *Conceito-quadro de “tipo a”*, sendo “*a*” as normas referentes a uma compra e venda do género da prescrita no ordenamento jurídico português, porquanto, um *sistema de título* face à questão real em que aquele critério normativo não se refere somente a uma questão obrigacional, mas

⁸⁰ Aliás, faça-se uma ressalva crítica no âmbito da Responsabilidade Civil à concepção agora em análise: é que mesmo nos quadros “internos” a prescrição das regras relativas à Responsabilidade Civil está longe de ser clara ou unânime, de outro modo haverá sempre a dificuldade em reconduzir certa norma para assimilar certo caso decidendo. Expressivamente e tendo em conta que a Responsabilidade Civil se propõe a reger a concorrência e convivência “ (...) que nunca entre os homens foi tão grande. Aquela rua diz isto tudo, aquela rua das sirenes roncando, das buzinas soando, dos carros andando depressa. Aquela rua dos homens esfervilhando – ou acotovelando-se no placard a ver o desastre do Dakota que um telegrama trouxe agora. E falando assim sente a gente como é difícil meter isto tudo – sirenes de fábricas e buzinas e carros e Dakotas em chamuscas – naquela meia dúzia de artigos (...). Como a gente se atrapalha para lá meter isto tudo – tanto como um financeiro da rua 60 que tivesse de lançar mão de uma pena de pato.”, cfr. PEREIRA COELHO, *O nexos de causalidade na Responsabilidade Civil (dissertação)*, Coimbra, 1947, p. 82. Porquanto o reducionismo problemático que associamos à presente compreensão do critério problemático do foro co-envolve duas dificuldades primordiais e correlativas: a redução e submissão do caso decidendo aos parâmetros do sistema interno do foro e nos quadros desse sistema a recondução de certa norma ao caso que pode não ser a mais adequada. Reduccionismo problemático que associamos a um operador subsuntivo castrador e ablativo do caso.

⁸¹ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 117 e 118., ainda, relativamente à Responsabilidade Extracontratual veja-se OLIVEIRA, *Da Responsabilidade Civil Extracontratual por violação de Direitos de Personalidade em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 573, tendo em conta “ (...) a diversidade de ordenamentos jurídicos de características muito distintas conduz a que regulamentações relativas a questões similares sejam enquadradas em estruturas jurídicas distintas, o que pode levar a divergências qualificativas entre a *lex causae* e a *lex fori*. Noutros casos, é a própria regulamentação material que é distinta, estabelecendo-se regimes diversos ou mesmo figuras jurídicas desconhecidas em outros ordenamentos jurídicos.”

⁸² Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 118.

⁸³ Apesar do exemplo considerado no texto não ser o mais sugestivo, pense-se em questões relativas ao Direito da Família, sabendo que “as particularidades jurídico-culturais de cada ordenamento – decorrentes da forte ligação do direito da família aos costumes e que os comparatistas e familiaristas costumam acentuar a designação de institucionalismo do direito da família – justificam também em parte a desigualdade de soluções”, cfr. ASCENSÃO SILVA, *A constituição da adopção...*, cit., p. 66 relativamente à adopção internacional. Neste sentido, também, MOTA e BUHIGUES, *Derecho Internacional Privado...*, cit., p. 180 e BATIFFOL *apud* BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 118 face a instituições desconhecidas do foro, no caso a quarta do cônjuge pobre da lei anglo-maltesa.

também à questão de transferência da propriedade. Aquele conceito-quadro de “*tipo a*” não poderia ser reconduzido a uma norma de “*tipo b*” pertencente a um sistema em que se propugnasse o *sistema de modo*⁸⁴. Em verdade, à luz desta perspectiva, sendo a regra de conflitos especializada o ponto de partida do DIP, perante um caso de uma compra e venda de um imóvel apenas seria ter em conta a questão obrigacional porque pelo Direito Português a mesma se resolve por critérios normativos de “*tipo a*”. Sendo assim, a compreensão do conceito-quadro nunca levaria à consideração de uma norma, a título de exemplo, do ordenamento jurídico alemão. Claro está que se pode apontar que a compreensão do conceito-quadro deste modo não implicaria que o problema plurilocalizado “apontasse” para uma questão obrigacional e uma questão real porque, em verdade, nunca se procederia a uma divisão daquela relevância jurídica. Todavia, frise-se que para esta construção aquilo que importa é a regra de conflitos especializada e é por ela que o problema plurilocalizado “*descobre*” quais os sistemas em contacto com ele, porquanto apenas seriam tidos em conta sistemas jurídicos com normas de “*tipo a*”.

Em suma, procedendo-se a uma compreensão do conceito-quadro deste modo não poderíamos afirmar aquele quadro normativo de sentido entre a *lex fori* e a *lex causae*, simplesmente porque esta só apareceria como mobilizável se aquela assim o *quisesse*... por um *acaso de correspondência* entre tipos de critérios normativos. Mais, aceitando-se este modo de ver o conceito-quadro nunca se poderia levantar uma questão relativa a condições de possibilidade de mobilização, porque a condição, em rigor, era só uma: *a identidade em ordem de uma razão de coerência do e pelo ordenamento do foro*⁸⁵. O que está aqui em causa é um reducionismo problemático acrítico do problema conflitual e, especialmente, do próprio modo de conceber a importância do caso decidendo no seio do DIP.

⁸⁴ Subjacente a esta ordem de considerações está a diferença entre *sistemas de título e sistemas de modo*. Para uma distinção entre os mesmos, veja-se, por todos, ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas: do direito das coisas em geral*, Coimbra, 1994, p. 254 e ss.. Em traços gerais o sistema de título e de modo exige uma dupla dependência do efeito real, ou seja, nas aquisições que se fundem num vínculo obrigacional válido acresce a verificação da entrega da coisa, o sistema de modo a aquisição de um direito real não depende do vínculo obrigacional, mas sim do acto de tradição ou entrega, por último, para o sistema de título, valoriza-se o vínculo obrigacional válido.

⁸⁵ Um autêntico reducionismo problemático ou uma projecção *deformante*, cfr. HELENA BRITO, *A representação*..., cit., p. 41.

β) Em contraste com uma concepção restrita do conceito-quadro, podemos, por sua vez, pensá-lo aproveitando as suas capacidades lógicas de expansão / extensão pela via juscomparatística⁸⁶. Nos visos do DIP validamente se reconhece que os conceitos-quadros devem ser tidos como algo comum a todos os sistemas envolvidos, como tal, através de uma específica operatória seria possível deslindar as semelhanças e diferenças entre os vários ordenamentos jurídicos por uma autêntica exigência de coordenação.

Eis que, em verdade, se verifica a existência de um nexu incidível⁸⁷ entre o direito comparado e o DIP, *hic et nunc*, o conceito-quadro enquanto elemento integrante (ou possivelmente com capacidade de integrar) vários institutos de diferentes ordenamentos / sistemas exige para uma sua correcta apreensão (para o seu recorte problemático) o reconhecimento daquelas estruturas próximas que só o estudo comparatístico permite.

Relação de proximidade que implica que os sistemas / ordenamentos sejam comparáveis em si à luz de uma abordagem *funcional*⁸⁸, ou seja, uma relação de correspondência entre os diversos princípios (fundamentos) e critérios normativos do sistema mobilizável face ao sistema conflitual do foro. Logo, implicitamente, os *pontos de costura* da perspectiva comparatística vertida no DIP referem-se a um operador metodológico (a analogia) que é essencialmente comum aos dois ramos e que pressupõe

⁸⁶ O Direito Comparado permite-nos “ver o direito que é sem entorses dissolve da sua específica autonomia axiológico-normativa”, cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, “*Continentalização*”..., cit., p. 111.

⁸⁷ “O direito internacional privado sem comparação é vazio (...) e cego (...)”, cfr. RAAPE *apud* HELENA BRITO, *A representação...*, cit., p. 37; neste sentido, entre outros, FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução ao Direito Comparado*, 2.^a ed., Coimbra, 1998, p. 9 e ss.; FERRER CORREIA, *Direito Internacional...*, cit., p. 153 e 154; LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I..., cit., p. 275 e ss.; ZWEIGERT, e KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, trad. Tony Weir, 3.^a ed., rev. Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 6.

⁸⁸ Cfr. ZWEIGERT, e KÖTZ, *ibidem*, p. 34: “*The basic methodological principle of all comparative law is that of functionality.*”, e isto tendo em conta que “*(...) even if the legal institutions in different systems are historically and conceptually quite different, they may still perform the same function in the same way.*”, cfr. *ibidem*, p. 37. Para a compreensão da comparação funcional, por todos, FERNANDO JOSÉ BRONZE, “*Continentalização*”..., cit., p. 106 e ss., já que “o verdadeiro caminho da comparação jurídica é o de descobrir nas mesmas funções do ordenamento e em circunstâncias sociais comparáveis a identidade de soluções que servem cada uma o mesmo fim, conquanto se diferenciem pela história da sua origem, se condicionem ao próprio sistema (...)”, (ESSER *apud* FERNANDO JOSÉ BRONZE), porquanto, o que se procura no Direito Comparado é a analogia das soluções e, em última instância a identidade do pensamento jurídico que não reside “na figura dogmática, mas no fim prosseguido pelo seu emprego dentro de um e mesmo permanente problema.” (*ibidem*, p. 111). Ainda, nos quadros do DIP, em defesa da consideração dos nexos funcionais e sistemáticos entre os vários critérios normativos: WENGLER, *Réflexions sur la technique...*, cit., p. 668; HELENA BRITO, *A representação...*, cit., p. 46.

a delimitação dos termos a comparar, os sistemas, à luz de um termo de comparação que só pode ser as exigências modeladoras da juridicidade⁸⁹. Claro está, que se terá que se assumir um referente que permita *modalizar* certa técnica comparatística⁹⁰ nos quadros do DIP, tendo em conta a multiplicidade de técnicas do Direito Comparado excogitáveis⁹¹. Esse referente só poderá ser o problema jurídico plurilocalizado.

Com efeito, a via juscomparatística não é somente preponderante para a compreensão dos conceitos-quadros⁹², mas também uma perspectiva que perpassa todo o raciocínio conflitual⁹³, ora relativo ao problema da conexão ora relativo ao problema da coordenação dos sistemas mobilizáveis. Destarte, o estudo comparatístico em DIP poderá ser aferido por dois prismas: α) (o já aludido) *por referência ao problema plurilocalizado*, enquanto *auxílio e técnica* para a compreensão dos conceitos-quadro face aos vários sistemas mobilizáveis; β) *para a formulação de novos conceitos* que espelhem a procura de uma uniformização e de uma solução para a compreensão dos conceitos-quadros das regras de conflitos especializadas⁹⁴. Atentemos, por agora, a β) enquanto técnica de solução para o presente problema. Desde logo, criticamente

⁸⁹ Cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, «*A Problemática da reflexão juscomparatística. (uma rápida visita, ou... algumas notas para o roteiro de uma peregrinação)*» in *Analogias*, Coimbra, 2012, p. 413, exigências modeladoras da juridicidade que “ (...) permite medir o sentido dos sistemas jurídicos relevados como concretos termos de comparação”.

⁹⁰ Perante a necessidade de reconhecer o escopo da própria comparação, cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Comparado Ensino e Método*, Edições Cosmos, Lisboa, 2000, p. 114: “ (...) o objecto da comparação (...) é formado por sistemas e institutos jurídicos. Pela própria natureza da actividade comparativa, o objecto da comparação é sempre plural (...) ”, já que a selecção dos termos de comparação é feita com o objectivo e finalidade desse comparação, respeitando o círculo de candidatos “ (...) potencialmente elegíveis para a comparação (...) em ordem a comparar apenas o comparável”. Ainda, ZWEIGERT, e KÖTZ, *ibidem*, p. 34: “*Incomparables cannot usefully be compared, in law the only things which are comparable are those which fulfill the same function.*”.

⁹¹ Veja-se ZWEIGERT, e KÖTZ, *ibidem*, p. 32 e ss. Técnicas / métodos de comparação que vão desde a análise das causas e origens históricas, à análise económica, ao contexto cultural e à comparação funcional. Só que tais métodos não são mutuamente excludentes, tudo dependendo, em última instância, de qual o objectivo da comparação, cfr. MOURA VICENTE, *Direito Comparado, Introdução e Parte Geral*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, p. 43. Para uma distinção entre a microcomparação que consiste no apuramento das semelhanças e diferenças apresentadas por concretos problemas jurídicos e a macrocomparação dos sistemas jurídicos globalmente considerados, veja-se, FERNANDO JOSÉ BRONZE, «*O direito, a internacionalização e a comparação de sistemas jurídicos (ou a pessoalização como tarefa realizanda, a universalização como objectivo utópico e a relativização como coordenada metódica)*» in *Analogias*, Coimbra, 2012, p. 450.

⁹² Cfr. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade...*, cit., p. 399.

⁹³ Ora referente aos critérios normativos materiais ora referente aos critérios próprios dos sistemas conflituais, cfr. HELENA BRITO, *A representação...*, cit., p. 39 e ss. e 63 e ss., respectivamente.

⁹⁴ Referente à perspectiva de RABEL, cfr. FERRER CORREIA, *O problema da qualificação...*, cit., p. 43, aliás reconheça-se que aquele A. deu “ (...) um impulso fundamental para a comparação dos Direitos dos Conflitos.”, cfr. HELENA BRITO, *ibidem*, p. 31 e ss.; LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado, vol. I...*, cit., p. 275.

deslinda-se uma razão pragmática: é que seria tarefa hercúlea e impraticável proceder a uma análise e comparação de todos os ordenamentos jurídicos existentes para se prescrever um conceito-quadro que os abrangesse⁹⁵. Hiperbolizando-se, assim, a própria capacidade e força de extensão lógica do conceito-quadro. A possibilidade de formular um conceito unívoco seria tarefa demiúrgica e inexequível. Se bem vemos, na óptica do juízo jurisdicional, o único prisma⁹⁶/ traço juscomparatístico não poderá ser a afirmação de uma técnica de solução para a compreensão do critério problemático do foro, mas sim através de uma abordagem funcional⁹⁷ por referência a um problema judicando. Por conseguinte, os termos a comparar já se encontram delimitados por essa referência e proceder-se-á à procura não só das semelhanças, mas também das diferenças⁹⁸ entre os vários critérios normativos que se apresentam como *candidatos possíveis de mobilização*.

⁹⁵ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 112 e 113; HELENA BRITO, *A representação...*, cit., p. 44 e ss.; FERRER CORREIA, *O problema da qualificação...*, cit., p. 48 e ss.; LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado vol. I...*, cit., p. 397 e ss.; e MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação...*, cit., p. 174 e ss., em crítica à orientação perfilhada por RABEL, sabendo-se que tal conceptualização é impraticável e castradora de diferenças inultrapassáveis e, por conseguinte, a perspectiva juscomparatística não poderá ser tida como *solução*.

⁹⁶ Apesar de que a ideia que preside à univocidade seja de louvar: “*It is a great cause which we have to serve: the higher unity in which to join legal history and legal system, legal theory and practice, and common law and civil law. Conflict of laws is a vital bridge between all of them - a bridge needing repair today.*” cfr. RABEL, «*Comparative Conflicts Law*» in *Indiana Law Journal*, Vol. 24, issue 3 Art. 2, 1949, p. 362. Por seu turno, em verdade, nem será de excluir enquanto técnica legislativa ora ampliando ora restringido certos conceitos-quadro das regras de conflitos com vista a uma aproximação dos vários sistemas conflituais, agora, enquanto técnica que presida ao juízo jurisdicional é, como referimos, inoperante.

⁹⁷ Esclareça-se que o sentido dado à *função* não radica numa consideração teleológica dos sistemas referidos, mas sim numa consideração *teleonomológica*. Recolhemos esta ideia pela superação crítica da perspectiva da Jurisprudência dos Interesses, em FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições...*, cit., p. 801 a 816 e CASTANHEIRA NEVES, «*Jurisprudência dos Interesses*» in *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 2.º, Coimbra, 1995, p. 236 e ss.

⁹⁸ A analogia nos visos da reflexão juscomparatística “ (...) visa determinar o que é semelhante – e (...) o que é diverso- nos metodologicamente polarizados processos discursivos de resolução dos casos jurídicos, na esfera dos (circunstançialmente considerados e) diferentes sistemas de direito (...) ”, cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *A problemática...*, cit., p. 411, tendo que ser considerada não o mais franca e liberal possível, nem, por sua vez, o mais restritivamente, já que (...) “se [hipertrofiarmos] a analogia [- e a relação que ela identifica -], tudo coincide [...]; se a [esquecermos], tudo se dissipa [...]”. cfr. Maria Filomena MOLDER *apud* FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Pj→Jd. A equação...*, cit., p. 378. Ao que acresce que “ (...) sempre que os sistemas jurídicos comparandos apresentem, entre si, não apenas fissuras superficiais, mas fracturas profundas (...) só por ingenuidade se poderá conceber como isenta de dificuldades a referida transferência de conteúdos.”, concluindo, lapidarmente, que “ (...) a aculturação jurídica transmutar-se-á, então, em um muito censurável... contrabando jurídico”, cfr. *idem*, *O Direito, a internacionalização...*, cit., p. 445.

γ) Em último lugar seria excogitável tentar apreender o sentido do conceito-quadro através dos próprios critérios normativos da *lex causae*. Sucinta e criticamente tal perspectiva de compreensão implicaria um esvaziar de qualquer sentido prático os conceitos-quadro das regras de conflitos especializadas, já que tais conceitos seriam considerados na perspectiva dos sistemas jurídicos mobilizáveis. Ao contrário da perspectiva analisada *supra*, repare-se que, apesar de criticável, a interpretação do conceito-quadro pelos quadros do ordenamento do foro é inteiramente operante, porém aqui esvazia-se o sentido da regra de conflitos o que implica a desvalorização e preferência da escolha de certa conexão relativamente a certa matéria, questão ou relevância jurídica pelo sistema do foro. De outro modo, a regra de conflitos especializada na óptica do Julgador apresentar-se-ia como supérflua e, outrossim, macroscopicamente considerado, o próprio sistema conflitual do foro.

O conceito-quadro seria correspondente ao que certo sistema jurídico de uma *lex causae* entende-se por uma particular relevância jurídica. Não se abdicando da conexão do foro, é certo, mas tal conexão encontrar-se-ia descaracterizada, já que a sua preferência e as valorações que presidem à sua escolha por parte do ordenamento do foro compreendidas na própria delimitação do conceito-quadro não seriam consideradas. Porquanto, um conceito-quadro sobre a responsabilidade extracontratual referente à lei do lugar do dano seria interpretado de acordo com o género e tipo de critérios normativos que no quadro da lei do lugar do dano são tidos como responsabilidade extracontratual, o que esvaziaria de sentido o porquê da escolha daquele concreto elemento de conexão. O que vai dito não contraria que o elemento de conexão tenha um sentido específico, já que mesmo nesta perspectiva aquele continuaria a ser referente a um caso pela pluralidade de conexões excogitáveis – sujeitos, objecto, lugar da prática de um facto, entre outras -, só que simplesmente, tendo em conta que não se estabelece a medida da capacidade de mobilização de uma norma do sistema da *lex causae*, aquele factor operativo da regra de conflitos apenas ligaria os vários sistemas ao caso. Assim, a regra de conflitos não estabelece diferenças de *possibilidade de mobilização* entre os vários sistemas porquê lhe falta a referência de desdobramento do caso decidendo nas suas particulares relevâncias jurídicas⁹⁹.

⁹⁹ Apesar do ênfase dado ao desdobramento da relevância jurídica de um caso note-se que não queremos afirmar que este não possua um sentido unitário a ter em conta pelo Julgador ou que esse

Referência, essa, que será *aparentemente* especificada pelos sistemas jurídicos em contacto com o caso.¹⁰⁰

δ) Afirmámos que os conceitos-quadro possuíam uma força expansiva, pois potencialmente são capazes de absorver os institutos / critérios normativos dos diversos ordenamentos jurídicos, desde que recortados os seus núcleos problemáticos através de um discorrer analógico. Capacidade de expansão lógica que, no fundo, implica o respeito da actuação daquela estrutura noética – analogia – não podendo ser afirmada uma correlação entre institutos / critérios quando a diferença seja ablativa da

sentido a existir *ab initio* seja quebrado e recortado pelos incidentes conflituais. Retomaremos este ponto mais tarde, por ora, bastemo-nos com a seguinte ideia: o caso decidendo mesmo que se proceda ao seu desdobramento, este será sempre artificial, já que o que releva é o seu sentido unitário que nos pode indicar uma perspectiva de solução diferente face às possibilidades congénitas daquele desdobramento e que alteram as próprias condições de mobilização e de problematização.

¹⁰⁰ Um esclarecimento: ao longo do presente estudo não tomamos propriamente em consideração a posição perfilhada por certo A., exceptuando alguns casos cuja referência será feita pontualmente. O que procuramos é tomar em consideração, *hic et nunc*, a possibilidade de compreensão dos conceitos-quadros por entre as perspectivas ora tal qual e tradicionalmente foram concebidas ora projectadas e reconduzidas dentre as *estruturas – fundamentantes e instrumentos - operatórios* vertidos na nossa compreensão. Procuramos potenciar e delimitar essas mesmas construções nas suas traves-mestras para compreendermos se é ou não é possível proceder à compreensão da regra de conflitos e dos seus elementos constituintes através delas. Assim, não nos é perceptível como ou em que medida os sistemas jurídicos mobilizáveis possam especificar a referência ao conceito-quadro da regra de conflitos do foro sem entrar em contradição com outros sistemas mobilizáveis, isto porque uma coisa é o reconhecimento de uma condição de mobilização por entre o foro e o sistema estrangeiro, outra inteiramente diferente é este último sistema ser aquela condição de mobilização e ao mesmo tempo a condição de problematização. Mesmo tendo em conta a referência feita a um elemento de conexão que recorte os sistemas onde o problema se coloca não se permite, *rectius* não se evita que esses sistemas colidam na referência ou na forma como querem preencher aquele conceito-quadro... daí o *insolúvel*. Aparentemente deparamo-nos com uma impossibilidade crónica de procurar a compreensão daquele conceito pelo sistema que é mobilizável, porém voltaremos a esta construção quando nos referirmos ao modelo de qualificação *lege causae*. Por outro lado, frise-se que esta construção ao menos considera o elemento de conexão como o factor operativo por excelência da regra de conflitos, o que sem hesitações concordamos, contudo, para nós, o elemento de conexão é um elo entre o conceito-quadro do foro e o critério normativo da *lex causae* e, como tal, esta perspectiva esquece-se que aquele elemento de conexão é a peça fundamental de um critério problemático do foro e em correlação com aquele critério normativo de um quadro normativo unitário de sentido como veremos subsequentemente. Ao retirar-se a correspondência da escolha do elemento de conexão face a um conceito-quadro, a regra de conflitos nada nos oferece mais do que, por exemplo, se tomássemos apenas em consideração a localização do caso. O que se pretende em tal construção é um vaivém entre a conexão (localização) *latu sensu* face os sistemas mobilizáveis e destes face a um conceito-quadro que, por sua vez, será reconduzido uma vez mais às estruturas daqueles sistemas determinados. Esclareça-se que por compreensão do conceito-quadro pela *lege causae* o que esta construção apenas quer afirmar é uma reacção de rejeição perante uma compreensão unicamente pela *lex fori* e, nesta atitude, de *tudo ou nada*, esquecem-se que a sua construção é inoperante. Independentemente dos vícios da compreensão do conceito-quadro pela *lex fori*, nesta pelo menos reside um critério que pode ser mais apto ou menos apto a resolver os problemas que o DIP toma como objecto, mas de qualquer forma ali está ela como uma perspectiva a considerar porque operante.

semelhança¹⁰¹. Esta procura da comensurabilidade através dos conceitos-quadro radica no reconhecimento dos nexos entre os critérios normativos mobilizáveis e os seus sistemas jurídicos. Comensurabilidade entre átomos de uma teia jurídica que constitui um Sistema Jurídico. Assim, será de fácil compreensão o porquê da procura do recurso à via juscomparatística, sabendo que nos encontramos perante uma quase identidade de métodos que se traduz na vantagem da mobilização do estudo comparatístico para a compreensão daqueles conceitos. Só pelo método da comparação jurídica se torna possível apurar o conteúdo dos conceitos utilizados pelas normas do DIP¹⁰². E, em correlação, com a conexão vertida na prescrição de certa regra de conflitos vemos que a extensão do próprio conceito-quadro é feita em referência àquela conexão. De outro modo onde convenha a conexão prescrita reconduz-se o conceito-quadro nos campos dessa mesma conveniência.¹⁰³

Noutra perspectiva, outrossim, é inegável que a base comparatística será útil à própria prescrição das regras de conflitos¹⁰⁴. Há-de ser por ela e com fundamento nela que conseguiremos recortar e materializar o próprio *princípio da especialização* que preside à construção daquelas regras ora mais restringidos a certa parcela / questão de direito ora mais amplos com o objectivo de abarcar quer os complexos normativos idênticos quer os complexos normativos tangentes a esse núcleo, todavia sem o alcance ou a pretensão de uma univocidade.

¹⁰¹ Esta tarefa terá que ser obrigatoriamente do “ (...) operador jurídico el encargado de afrontar la concreta situación planteada, forzando al máximo el entendimiento de los conceptos jurídicos estatales, con el objeto de “adaptarlos” a la realidad de la institución desconocida.”, cfr. MOTA e BUHIGUES, *Derecho Internacional Privado...*, cit., p. 190, acrescentando que “ (...) la repuesta, además, dependerá del mayor o menor grado de similitude que presente la concreta institución extranjera desconocida en nuestro sistema (...) ”. Veja-se, igualmente, CARAVACA e GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12.^a ed., Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2011, p. 331 a 335, relativamente ao “grau de desconhecimento das instituições estrangeiras” resolvendo a questão por três vias: a dos conceitos amplos, da compreensão pelo âmbito funcional (analógico) e pela criação de uma norma de conflitos *ad hoc*.

¹⁰² Neste sentido, FERRER CORREIA, *Direito Internacional...*, cit., p. 153 a 157, já que “ (...) o DIP é por natureza um directo aberto a todas as instituições e conteúdos jurídicos conhecidos no mundo (...) ” onde na “ (...) categoria normativa própria de cada regra de conflitos hão-de poder incluir-se os múltiplos preceitos e os números institutos estrangeiros que, no ordenamento a que pertencem, se proponha a realizar (...) a mesma função análoga”, outrossim, note-se que “ (...) as categorias de conexão não são moldes vazios, mas são certamente formas elásticas.”, cfr. *idem*, *O problema da qualificação...*, cit., p. 44, o que substancialmente vai de encontro à ideia do conceito-quadro enquanto arrimo de uma construção específica do DIP, porque o mesmo tanto pode ser restringido ou estendido conforme o referente seja ora unicamente os critérios normativos do foro ora a perspectiva juscomparatística.

¹⁰³ Cfr. *idem*, *Direito internacional...*, cit., p. 156.

¹⁰⁴ Cfr. LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I..., cit., p. 275 e 276.

A par do Direito Comparado e estritamente pela óptica do raciocínio do Julgador os próprios critérios normativos do foro (se se quiser, as respostas “materiais” do foro) serão uma *ponte de passagem* para a compreensão daquela força expansiva própria dos conceitos-quadro. O que não significa, frise-se, que este conceito seja um aglomerado daqueles critérios em categorias típicas.¹⁰⁵ O que constatamos é um truísmo, sendo inevitável agora na óptica do julgador que se proceda a um avanço e recuo por entre as construções do próprio ordenamento que vão *implícitas no seu raciocínio*, no fundo, na *sua própria sensibilidade às questões jurídicas*.¹⁰⁶

Com isto vemos que quer o Direito Comparado quer os próprios critérios normativos do foro¹⁰⁷ são uma exigência e uma necessidade lógica, mas não castradora ou ablativa da própria estrutura e funcionamento da problemática conflitual. Dir-se-á que procuramos o melhor dos dois mundos, porém, sabendo que o conceito-quadro é um arrimo a uma construção do problema do DIP, despojadas aquelas concepções da

¹⁰⁵ Neste sentido, a doutrina portuguesa é unânime veja-se, a título de exemplo, BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, cit., p. 395; FERRER CORREIA, *O problema da qualificação...*, cit., p. 45; HELENA BRITO, *A representação...*, cit., p. 42 e ss.; MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação...*, cit., p. 176 e 177; MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, cit., p. 592; OLIVEIRA, *Da responsabilidade...*, cit., p. 299; TABORDA FERREIRA, «*Considerações sobre o problema das qualificações em direito internacional Privado*», n.º 44, SCIENTIA IURIDICA, p. 517.

¹⁰⁶ Cfr. ALAIN PAPAUX, *Essai philosophique...*, cit., p. 491, “*Dans le langage de la métaphysique de l’analogie, la lex fori interne offre les premiers analogues cognitifs, mais analogué et cognitif seulement en ce qu’ils constituent le matériau à partir duquel s’opère l’élargissement à fins cognitive et juridique pour donner les catégories du droit international privé.*”; ainda, BERNARD AUDIT, *Droit International Privé...*, cit., p. 167; LIMA PINHEIRO, *A jurisprudência dos Interesses...*, cit., p. 114: “ (...) os conceitos substantivos têm um conteúdo «mínimo» constituído por notas obtidas a partir do direito material do foro, mas o seu alcance permanece sujeito a uma inevitável indeterminabilidade, e é decidido caso a caso em conformidade com as finalidades específicas das normas de conflitos.” e, também, MOURA VICENTE, *Da responsabilidade...*, cit., p. 97, afirmando que “as regulamentações jurídicas nacionais constituem (...) como que as estruturas cognitivas, ou a forma, através das quais se processa o conhecimento pelo julgador da matéria constituída pelas regulamentações estrangeiras (...)”.

¹⁰⁷ Omitimos propositadamente a referência à interpretação *lex formalis fori* – cfr. FERRER CORREIA, *O problema da qualificação...*, cit., p. 45 -, da regra de conflitos especializada, pela simples razão que tal forma de interpretação é uma evidência, neste sentido, BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 115. Até porque a destriça entre *lex formalis fori* e *lex materialis fori* surge por reacção ao reducionismo problemático de uma interpretação dos conceitos-quadro unicamente pela lei do foro, o que implica a necessidade de afastar tal construção cuja referência aos critérios normativos é uma verdadeira referência de identidade – “ (...) a doutrina da interpretação autónoma das normas de DIP não se firmou sem luta (...) ”, tendo sido necessário “ (...) percorrer um longo caminho até se chegar a esse entendimento das coisas (...) ”, cfr. FERRER CORREIA, *ibidem*, p. 48. Sem risco de contradição, note-se que, para nós, o conceito-quadro sendo preenchido pelo direito comparado e, também, pelos critérios materiais do foro como uma primeira aproximação por parte do Julgador, o que não exclui a necessidade lógica de que os mesmos tenham que ser reconduzidos e interpretados de acordo com o sistema conflitual e os princípios que o mesmo propugna, cfr. *ibidem*, p. 48 e ss. A referência ao conceito-quadro ficará completa se entendermos que a interpretação desse conceito tem em vista o problema judicando, tendo em conta que toda a interpretação é tida como um momento da concreta e problemático-decisória realização do direito, cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 142 e ss.

sua própria hiperbolização cremos que é este o caminho a trilhar. Até porque tal construção do sentido do conceito-quadro será sempre feita *por referência ao problema jurídico concreto e esta é a chave da presente perspectiva*. O que está em causa é o reconhecimento de toda a relevância e capacidade problematizante que advém do problema judicando, por conseguinte a referência aos critérios normativos do foro não possa ser uma *referência automática* ou de uma relação de homogeneidade, mas sim uma autêntica ponte de passagem entre o problema judicando face ao mediador do DIP, o foro, em ordem aos critérios normativos dos vários sistemas mobilizáveis (que mantém a sua individualidade e integridade nos quadros desses mesmos sistemas) e, por último, que na óptica do Direito Comparado que se tenha unicamente em conta os vários sistemas mobilizáveis por referência àquele problema motriz e condicionante.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Para BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, cit., p. 395 e ss., os conceitos-quadro das regras de conflitos especializadas não se podem reconduzir aos conteúdos, regulamentações ou soluções jurídicas de certos sistemas, mas sim a “ (...) algo que está antes desses conteúdos (...). A esse algo comum irá o conceito-quadro da Regra de Conflitos beber o seu «conteúdo».”, para tal, a resposta decisiva ao presente problema estará na distinção entre conceitos-questão e conceitos-resposta (BURKHARDT *apud* BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 113) - o *Conceito-Questão* designa a questão ou o problema jurídico, enquanto o *Conceito-Resposta* apenas é obtido a partir de certo critério normativo dos sistemas de primeiro grau -,assim para o A. “o conceito-quadro há-de significar um *quid comum* aos vários ordenamentos jurídicos. Para determinar esse *quid* estará indicado comparar as normas dos diferentes sistemas. Todavia, não será possível descobrir um *quid* comum a regras jurídicas pertencentes a sistemas diversos e informados por valorações diferentes se olharmos apenas ao conteúdo de regulamentação de tais regras, às soluções que elas representam.” (cfr. *idem*, *Âmbito...*, cit., p. 402, sublinhado nosso), o que, sem tergiversações concordamos, todavia já não o fazemos se se entender aquele conceito-questão como não referente a um dado concreto, até porque tal distinção advém sobretudo da consideração de uma divisa entre a questão de facto e a questão de direito, talqualmente era concebida nos quadros tradicionais da reflexão metodológica. A posição que perfilhamos cremos que não afasta nem exclui o modo de ver o presente problema, é que, acentuando o carácter de força de expansão dado ao conceito-quadro, a procura por entre questões, matérias e problemas jurídicos abstractamente considerados vai implicada na assunção problemática ora do critério problemático do foro ora dos vários sistemas mobilizáveis e dos seus critérios normativos. Acresce que a nossa referência aos critérios normativos do foro é unicamente referente à perspectiva do Julgador aquando da formulação do seu juízo, deste modo a possibilidade de em primeira instância o julgador se servir dos critérios que inevitavelmente estão numa relação de maior proximidade com a sua própria sensibilidade jurídica não apresenta em si qualquer obstáculo. O que não pode ocorrer é arbitrariamente aquele género de referência automática e ablativa. Por outro lado, esse primeiro olhar do julgador - e tendo em conta que os momentos não são sucessivos mas que se interpenetram - impõe a consideração dos próprios critérios normativos de certo sistema mobilizável, por esta razão afirmámos que o conceito-quadro é mero arrimo de uma construção problemática da própria qualificação. Em verdade, acrescente-se, na tese vertida no presente estudo, aquele *conceito-questão* corresponde ao critério problemático do foro (a medida da regra de conflitos especializada) e aquele *conceito-resposta*, através do factor operativo do foro, corresponde ao critério normativo de uma *lex causae*, através dos quais se formará um quadro normativo unitário de sentido entre o sistema conflitual do foro e certo sistema mobilizável em dialéctica com o problema judicando.

10. Retomando os mecanismos constituintes da regra de conflitos especializadas, vemos, por seu turno, que àquela expansão própria dos conceitos-quadro há-de ser correlacionada com uma força restritiva. Das considerações precedentes já vai implicitamente imbricado que esta há-de ser o elemento de conexão. Logo a extensão do conceito-quadro há-de ser comprimida por este que levará conseqüentemente à própria extensão e compressão, no sentido do recorte da possibilidade e efectividade de mobilização, dos vários critérios normativos dos sistemas onde o problema se coloca. Elemento de conexão que nos surge como a peça fundamental entre o critério normativo de uma *lex causae* e o critério problemático do foro. Um autêntico elo que nos permitirá afirmar um *quadro normativo unitário de sentido* entre as regras de conflitos do foro e as normas do sistema da *lex causae* para que se forme problematicamente pelo Julgador um termo de comparação face ao problema julgando. Resolvida esta questão estará resolvida a especificidade do DIP enquanto problema conflitual de conexão.

Atente-se que a correlação entre uma força expansiva e força restritiva própria do critério problemático do foro permite-nos a escolha de um critério normativo de um dos sistemas jurídicos em contacto com o problema julgando. Tal não é negado, por exemplo, aquando de uma regra de conflitos unilateral porque simplesmente o elemento de conexão se encontra diluído na própria conexão específica com o sistema da *lex causae*. Recorde-se aquele afunilamento progressivo: “*Localização – elemento de conexão – conexão*”, ou seja, isto não significa que aquela estrutura perca a sua importância capital, simplesmente a regra de conflitos é *associada propriu sensu* a um critério normativo mobilizável de certo sistema delimitado directamente por certa conexão... em referência à localização do problema julgando.

Da especificação do elemento de conexão e da *ponte de passagem* entre o critério problemático do foro e do(s) critério(s) normativo(s) do(s) sistema(s) estrangeiro(s) permite-nos, desde já, compreender qual é o objecto do problema da qualificação em DIP. Da conjugação dos mecanismos da regra de conflitos assiste-se a uma clara referência, porque recognitiva, a certo critério normativo numa procura da comensurabilidade entre este e o conceito-quadro daquela regra. À partida o objecto do problema da qualificação seriam esses mesmos critérios e “*à partida*” tal afirmação será inteiramente válida, desde que entendida a referência que vai imbricada ao problema julgando. Assim, as regras de conflitos procuram estabelecer condições de

possibilidade de mobilização a certos critérios normativos, porém a referência subjacente àquela regra é, *se se quiser*, dupla. Em primeiro lugar, a sempre presente relevância do problema judicando e, por seu turno, a correspondência entre o critério problemático do foro e o critério normativo da *lex causae* mobilizável. Assim, à pergunta sobre “o que é que se qualifica?”, a resposta apenas poderá ser uma: o problema judicando à luz de critérios pré-objectivados do sistema da *lex causae* através do critério problemático do foro. O que afirmamos é que quaisquer dos momentos envolvidos no problema da qualificação é sempre reconduzido ao *prius reflexivo* do DIP, o que nos leva a afastarmo-nos do tradicional enquadramento da discussão em torno desse objecto com base numa disjuntiva (ou a situação jurídica plurilocalizada ou as normas do sistema da *lex causae*) para afirmamos uma conjunção pela correlação ínsita àquela operação.¹⁰⁹

11. O critério problemático do foro é algo mais do que a mera soma dos dois mecanismos operantes da regra de conflitos especializada e, em suma, a tal se deve as ideias de expansão (extensão) e compreensão (restrição), pela interacção obrigatória entre o conceito-quadro e o elemento de conexão. Por sua vez, em referência ao critério normativo da *lex causae* o julgador constrói problemáticamente¹¹⁰ aquele quadro normativo unitário de sentido que nos temos vindo a referir.¹¹¹ Referimo-nos a um quadro normativo unitário de sentido, porém com algumas ressalvas. É que esta unidade não advém da ideia de que as regras de conflitos seriam disposições anexas ou integradoras dos critérios normativos da *lex causae*, como se cada critério normativo de

¹⁰⁹ “Havemos pois de concluir que o objecto da qualificação em Direito Internacional Privado não é algo de puramente jurídico – as normas matérias aplicandas tomadas per si -, nem puramente factual – os factos *sub iudice* considerados no seu estado natural -, mas antes a simbiose dessas duas realidades: a situação da vida juridicamente determinada em razão do conteúdo jurídico que lhe imputam as normas de certo ordenamento local”, cfr. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade...*, cit., p. 406. Destarte, frise-se que o que afirmamos não nega que na qualificação não se visem os critérios normativos, cfr. FERRER CORREIA, *O problema da qualificação...*, cit., p. 49. O que afirmamos é simplesmente a necessária recondução entre estes (os critérios normativos) e o foro face à situação plurilocalizada, cfr. *ibidem*, p. 51.

¹¹⁰ Cfr. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade...*, cit., p. 415 e ss, relativamente à índole criadora por parte do Julgador própria do problema da qualificação.

¹¹¹ Em sentido semelhante, MOURA VICENTE, *Da responsabilidade...*, cit., p. 398, referindo-se à unidade de sentido dos elementos constitutivos da regra de conflitos, “ (...) cuja hipótese só ser correctamente entendida à luz dos efeitos jurídicos que o seu preenchimento implica.” De outro modo, esta hipótese é, para nós, o critério problemático do foro, os efeitos serão o critério normativo da *lex causae*, ao que acresce que quer aquele quer este o são por referência ao problema judicando.

certo sistema jurídico fosse considerado porque a regra de conflitos especializada seria a hipótese desses mesmos critérios. Não se perfilhando que a regra de conflitos seja um elemento integrante e essencial desses mesmos critérios.¹¹²

Ao afirmarmos uma unidade normativa não olvidamos que a regra de conflitos especializada e certo critério normativo de uma *lex causae* são incomensuráveis¹¹³, distintos, mas tal não significa que àquele assista outro objecto diverso deste. Voltamos à questão do direito sobre direito, do sistema de segundo grau e do sistema de primeiro grau. O quadro normativo unitário de sentido de que falamos é uma construção problemática pelo Julgador aquando do processo complexo cujo acto nuclear radica no *juízo jurisdicional*. Neste sentido a regra de conflitos especializada do ordenamento do foro mantém a sua individualidade e especificidade, enquanto critério de certo ordenamento que procurará resolver um conflito / concurso entre normas mobilizáveis e, por sua vez, os critérios normativos de uma *lex causae* mantém a sua individualidade nos quadros da tessitura do Sistema Jurídico a que pertencem, com as suas valorações respectivas. Assim como a regra de conflitos especializada possui igualmente valorações próprias polarizadas num elemento de conexão (ou vários) que permite(m) o recorte na especialização dessas mesmas regras. Esta construção problemática apresenta-se como, digamos, uma *muleta operatória* do Julgador para que este possa alcançar / tornar inteligível um *noema* (particular) a partir do qual, por seu turno, poderá num conjunto de feixes interligados interpelar o caso plurilocalizado. Construção problemática na exacta medida que não procuramos juntar as valorações do foro com as valorações de uma *lex causae*, nem tão pouco procuramos fazer depender certo critério normativo deste sistema do critério do foro. Eles conservam, repita-se, a sua identidade.

Apesar do que vai dito tal não significa uma diferença de planos que negue o caso como *prius reflexivo* do DIP e que aquele sistema de segundo grau, a ser

¹¹² Sobre esta matéria, seguimos de perto, BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, cit., p. 262 e ss., com algumas ressalvas, que frisamos no texto pela perspectiva que adoptamos. Em síntese, o A. refere que na perspectiva de integração entre regra de conflitos e regras materiais surge uma confusão entre os âmbitos de competência e âmbitos de aplicação, assim como uma tendencial aproximação à concepção unilateralista da norma de conflitos. Como crítica subjacente vemos o esquecimento das valorações jurídicas distintas entre o foro e sistema jurídico estrangeiro, assim como da própria técnica de regulamentação do DIP e da sua metalinguagem. Ressalve-se, a não referência, por ora, às normas materiais espacialmente autolimitadas que o mesmo autor frisa como categorias distintas face à questão em causa cuja asserção é inteiramente válida.

¹¹³ KAHN *apud* BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, p. 267.

considerado assim, não tenha como objecto esse mesmo caso. É que, analiticamente, também poderemos subdividir em constantes operações analógicas aquele quadro normativo unitário de sentido assim: *o critério problemático do foro em relação ao problema judicando, o critério normativo da lex causae em relação àquele critério problemático do foro e o problema judicando em relação ao critério normativo da lex causae, ponderações em que o termo de comparação será sempre o sentido deveniente do Direito.*

A afirmação de um quadro normativo unitário de sentido radica, porquanto, na necessidade lógica de coerência relativa ao entendimento quer dos elementos da regra de conflitos por referência à *lex causae* e estes referidos ao recorte problemático do caso. Para explicitar o que vai dito, e pensamos que esta poderá ser a crítica de maior objecção à presente compreensão, façamos referência ao incidente discursivo radicado na coordenada tempo¹¹⁴. Neste campo como as normas de segundo grau e de primeiro grau pertencem ao mesmo ordenamento afirmamos uma unidade normativa sem ter que recorrer a uma construção artificial, é que ambos critérios provêm do mesmo ordenamento, a partir dos quais se discute questões de vigência, de não-retroactividade, de qualificação, entre outras¹¹⁵. Um critério normativo é mobilizado não porque a norma do Direito transitório integre a sua hipótese normativa, mas simplesmente porque é por aquela norma que aqueloutro critério normativo é compreendido, em termos estritamente referenciados à sua vigência, à sua qualificação ou à sua mobilização. Porquanto, duas questões autónomas, todavia que no juízo jurisdicional são coordenadas por uma mútua referência que proporciona ao Julgador uma construção

¹¹⁴ Para a compreensão da analogia entre o Direito Transitório e o DIP, veja-se, BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, cit., p. 145 e ss.

¹¹⁵ Cfr. *ibidem*, p. 152 e 153. Note-se que também aqui no Direito Transitório, o Julgador terá que proceder, tendo em conta a coordenada tempo do problema judicando, à qualificação das disposições da lei nova para entender se a mesma entra em confronto com uma lei anterior – com a ressalva que a qualificação “ (...) nunca terá um âmbito de aplicável parificável ao que tem no DIP.”, cfr. *ibidem*, p. 155 -, para que se desvele a “lei” efectivamente mobilizável perante certo caso decidendo. Identicamente estamos perante um problema de conexão e de coordenação, tal como no DIP, o *prius reflexivo* é o problema judicando e a partir dele em mútua interpelação com a “lei antiga” e com a “lei nova” através de um termo de comparação (o sentido deveniente do Direito) procura-se a sua assimilação. Como tal uma condição de possibilidade de mobilização, desta feita referente a um só sistema jurídico, em que se reconhece a competência de certo critério mobilizando para servir de fundamento ao juízo, ao que acresce que esse critério mobilizando é igualmente experimentado / problematizado, de tal modo que pode ter que ser adaptado (adequado) face às exigências do caso, cfr. *ibidem*, p. 153; *idem*, *Sobre a Aplicação da Lei no Tempo do novo Código Civil. Casos de aplicação imediata. Critérios Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 1968, p. 262 e ss..

problemática radicada naquele quadro normativo de sentido. Mútua referência, entenda-se, pelo e ao problema judicando.

Por outro lado, nos idos do DIP, a dificuldade em afirmar uma unidade normativa reside na particularidade daqueles dois critérios pertencerem a ordenamentos diferentes com valorações jurídicas diferentes, logo o que afirmamos é exactamente que esta construção não é prévia nem de técnica legislativa, mas sim própria do raciocínio do Julgador aquando da tentativa de solução de certo problema plurilocalizado. Logo, a nota capital é o plano de afirmação de um quadro normativo unitário de sentido e esse, plano, radica impreterivelmente no juízo jurisdicional. Abstractamente há uma autonomia a considerar entre os critérios do Direito Conflitual face aos critérios normativos mobilizáveis, mas dessa autonomia, na perspectiva em que nos colocamos, não se retira que o objecto do Direito dos Conflitos sejam essas normas e não os próprios problemas plurilocalizados. Aquele ramo exige o reconhecimento de um critério normativo de outro sistema *por referência* ao caso e é neste sentido que afirmamos um quadro normativo unitário de sentido. Deste quadro normativo assim considerado, em que o sentido e alcance da regra de conflitos especializada vai diluído, o problema da qualificação estará implicitamente resolvido¹¹⁶ e dele trataremos subsequentemente.

12. O problema da qualificação em DIP, adequadamente compreendido o sentido e alcance geral da regra de conflitos especializada e a sua referência ao princípio da não-transactividade, traduz-se numa interpelação de dois particulares: o problema judicando e um quadro normativo unitário de sentido correspondente ao critério problemático da *lex fori* e ao critério normativo da *lex causae*¹¹⁷. Analiticamente traduz-se quer no recorte problemático do caso jurídico plurilocalizado quer no recorte

¹¹⁶ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, cit., p. 405, ainda, MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação ...*, cit., p. 31 e 36.

¹¹⁷ Neste sentido, FERNANDO JOSÉ BRONZE, *A Metodologia entre a semelhança e a diferença ...*, cit., nota 835, p. 333, constata-se na qualificação em DIP que “ (...) o critério normativo encontrado na *lex causae* responde à questão posta pelo conceito-quadro da regra de conflitos do foro [o que seolve] no apuramento da analogia do *problema jurídico* imanente ao critério de resolução do caso decidindo no horizonte da *lex causae* e (não do problema especificamente conflitual resolvido pela regra de conflitos do foro, mas) do âmbito problemático-normativo do critério de resolução da questão de concorrência de normas constituído pela *lex formalis fori*, isto é, do âmbito *problemático-normativo* balizado pelo conceito-quadro da regra de conflitos do foro”.

problemático do sistema jurídico perante o qual aquele caso se coloca¹¹⁸. Uma tendencial aproximação através de um referente comum que possibilitará a experimentação de critérios mobilizáveis, ultrapassado o obstáculo de uma progressiva distribuição (recognitiva) por entre os sistemas jurídicos e os seus critérios normativos face às particulares características do caso decidendo.

Atente-se que é na qualificação que o critério problemático da *lex fori* actua no seu mais profundo sentido, assim como o critério normativo de certo sistema jurídico nos aparece como uma primeira aproximação problemática ao caso a submeter a uma experimentação – *um candidato possível*. Perante estes dois pólos impõe-se entender como se faz esta aproximação, de outro modo, como se processa a analogia motriz e congénita à compreensão do problema da qualificação com a ressalva, que já vai implícita, que o problema da qualificação, ao contrário do que se possa pensar, apenas nos permite tendencialmente encontrar uma “*lei mobilizável*” cujos termos da mobilização ainda terão que ser comprovados e verificados. Assim, a qualificação nada nos oferece mais do que o mero recorte problemático do caso e a construção problemática subjacente à questão conflitual. Por conseguinte, não é pela qualificação que resolvemos concursos de normas mobilizáveis, mas sim pela experimentação dessas normas de acordo com o problema judicando, nem é pela qualificação que preterimos certa regra de conflitos capaz de alterar o sentido daquele quadro normativo unitário de sentido¹¹⁹. A qualificação apenas nos irá indicar uma primeira aproximação aos dois núcleos problemáticos que o julgador terá que interpelar por mediação de uma regra de conflitos especializada ora em referência ao caso ora em referência ao sistema da *lex causae*.

A qualificação, assim entendida, nada mais nos pode oferecer do que a análise de uma realidade concreta face aos conteúdos pré-objectivados no(s) sistema(s) que é (são) reconhecido(s) pela operacionalidade da regra de conflitos especializada¹²⁰.

¹¹⁸ “ (...) le juge doit examiner d'abord, si dans l'une ou dans l'autre ou même dans un troisième ou quatrième des législations qui sont en jeu, il existe une règle de justifiant ou rejetant la demande. Si le juge trouve une telle règle, il doit la qualifier, c'est-à-dire il doit rechercher de quelle catégorie de règles de droit privé elle fait partie.”, cfr. WENGLER, *Réflexions sur la technique...*, cit., p. 671.

¹¹⁹ Se bem que, em verdade, a resposta dada ao problema da qualificação verte-se no problema da experimentação, já que os momentos se intercedem mutuamente.

¹²⁰ Constatando-se uma nota capital que vai implícita no presente estudo: a semelhança entre casos internos e casos plurilocalizados, porquanto “ (...) la qualification en droit international privé n'est pas autre chose que la qualification telle qu'on reencontre dans les autres domaines du droit.”, cfr.

Conteúdos pré-objectivados que, por sua vez, vão ser recortados pelos mecanismos da regra de conflitos por referência ao caso decidendo e este é o ponto crucial da qualificação, a tal força de expansão e compressão por entre os diversos nexos da tessitura de certo sistema jurídico que são a referência e fundamento dos critérios normativos desse Sistema.

Insistindo neste ponto, aquilo que a qualificação permite é, através da mobilização de diversos fundamentos e critérios, uma tendencial aproximação para a formulação daquele quadro normativo unitário de sentido de onde se irá extrair um *critério hipotético* para, em analogia, possivelmente se assimilar o problema julgando, mas, desta feita após um desdobramento operado por aquelas regras, compreendido à luz de uma unidade da sua juridicidade que se traduzirá num campo incindível de nexos e interligações face ao seu recorte problemático e a uma aproximação e um constante “diálogo” com esse(s) sistema(s). Assim, qualificação enquanto tradução atomisticamente considerada das condições de possibilidade de mobilização no esquema metódico e não das condições de problematização deste último. A sua função será “só” estabelecer aquela competência através de um reconhecimento de certo sistema e daquele quadro normativo unitário de sentido. Só que esse reconhecimento implica a tal aproximação dos diversos fundamentos, já num afunilamento, referenciados a um ou a vários critérios normativos de uma *lex causae*.¹²¹

WENGLER, *Réflexions sur la technique...*, cit., p. 662. Entre outros, veja-se ainda LOUSSOUARN e BOUREL, *Droit International Privé...*, cit., p. 194, referindo que a verdadeira dificuldade estará na coordenação dos sistemas e não da qualificação propriamente dita.

¹²¹ Ao longo do presente estudo foi sendo dada prevalência ao enquadramento metodológico, mormente do modelo metódico pelo qual o Julgador nos quadros do DIP formulará o seu juízo. Por corolário, poderia levantar-se a questão da defesa ou da crítica à positivação dos modelos / métodos da operação da qualificação. Apesar de reconhecermos que estamos perante operações do raciocínio do Julgador e como tal a prescrição serve e só poderá servir como mero critério orientador, já que não abarca nem poderia abarcar todos as especificações relativas à qualificação de certo problema julgando por referência à sua individualidade, abstemo-nos de tomar partido dentro da controvérsia - para uma síntese destas posições veja-se HELENA MOTA, *Os efeitos patrimoniais ...*, cit., p. nota 582, p. 303 - por uma razão primordial: é que este género de critérios positivados sobre o método jurídico “ (...) valem o que... puderem valer quando postas em confronto com o modo como o pensamento jurídico, entende como “auditório argumentativo” ou “comunidade científica”, as compreende. Muito, se, porventura, se mostrarem em consonância com a posição perfilhada por esta decisiva instância crítica; pouco, ou mesmo nada, se acaso, parcial – ou totalmente se lhe opuserem.”, Cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, “*Quae sunt Caesaris, Caesari: et quae sunt iurisprudentiae, iurisprudentiae*” in Analogias, Coimbra, 2012, p. 145; *idem*, «Breves Considerações...», cit., p. 12.

α) Do que vai dito, estamos em condição de atribuir ao problema da fragmentação das questões jurídicas, o denominado *dépeçage*¹²², a sua verdadeira relevância no DIP. A fragmentação das questões jurídicas, *rectius*, da compreensão da juridicidade do caso não sofre qualquer entorse no DIP em comparação com a solução prático-normativa dos casos ditos internos. Aquela fragmentação ocorre pela necessidade de reconhecimento que o *prius reflexivo* do DIP é o caso jurídico concreto nas suas múltiplas dimensões constitutivas e correlativas.

Num caso meramente interno, sirva de exemplo, uma compra e venda entre A e B de um imóvel vemos uma pluralidade de questões jurídicas a considerar, especificamente a questão obrigacional e a questão real. Esta fragmentação advém da interpelação do caso perante uma realidade pré-objectivada do sistema onde aquele problema se levanta. Se transpusermos esta realidade para o DIP, a mesma compra e venda entre dois sujeitos indica igualmente uma questão obrigacional e uma questão real. Constatamos um truísmo mas a diferença não radica, afinal, a nascente, mas sim a jusante. Ali, num caso interno, o sistema jurídico a considerar é só um, aqui, no caso plurilocalizado, serão dois ou mais sistemas a considerar.

Explicitemos o que vai dito: com algumas hesitações, reconhecemos que na perspectiva em que nos enquadrámos não é pela fragmentação de questões que surge o problema da qualificação em DIP. Tal problema surge unicamente pela correlação de dois sistemas jurídicos onde o problema judicando se põe, de outro modo surge pela necessidade de recortar o mérito problemático do caso de acordo com conteúdos pré-objectivados de diversos sistemas que estão em contacto pela consideração de múltiplas perspectivas do problema (sujeitos, objecto, lugar da prática de um facto, de um dano, entre outros).

Claro está que, e retomando o exemplo dado, num caso interno, pensamos na lei portuguesa, as duas questões apresentam um nexu incindível com os critérios normativos relativos à compra e venda que por si assimilam a questão obrigacional e a questão real. Num caso plurilocalizado, e daí a importância da qualificação em DIP, sobretudo na construção daquele quadro normativo unitário de sentido, proceder-se-á a

¹²² Veja-se MOURA RAMOS, «*Droit international privé vers la fin du vingtième siècle: avancement ou recul?*» in Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional, vol. I, Coimbra, 2002, p. 196 e ss.

uma correlação entre critérios normativos face a uma ou a várias regras de conflitos que, por sua vez, poderão reconduzir-nos a vários sistemas para resolver ora a questão obrigacional ora a questão real. Mas nada mais se extrai ou se retira do fraccionamento do caso julgando pelo recurso às regras de conflitos especializadas. É que no raciocínio do Julgador a fragmentação ou compreensão das questões jurídicas principais e parciais é um *prius* lógico e necessário para formular o seu juízo porque correlacionado com o recorte do mérito problemático do caso plurilocalizado. Assim, a dificuldade do problema da qualificação surge não porque tenha origem numa qualquer técnica analítica que lhe seja própria, mas unicamente pela pluralidade de sistemas onde o problema julgando se põe.

Por outro lado, acrescente-se que se se afirma que tal fragmentação não é feita pelo prisma do caso, mas pelo prisma da própria prescrição das regras de conflitos, o princípio da especialização, argumento análogo se levanta. Isto porque, em verdade, a especialização das regras de conflitos vai ao encontro dos princípios do DIP de valorização de uma pluralidade de conexões que, por sua vez, através de uma selecção – que na óptica do juízo preside ao próprio problema julgando – procedem a uma distribuição de matérias por certa conexão e enquanto essa conexão fizer sentido. Fora que, por seu turno, a simples variedade de regras radica numa multiplicidade e pluralidade de questões que um problema pode desvelar e mesmo que se diminua a amplitude dessa fragmentação não significa que o problema julgando não desvela certas particulares relevâncias jurídicas que se tivessem que reconduzir a vários sistemas jurídicos. Sendo excogitável que caso certa regra de conflitos se apresente demasiado ampla o próprio elemento de conexão possa ser preterido por um critério geral associado a uma conexão mais estreita que permita a elasticidade do próprio raciocínio do julgador, até porque, uma vez mais, é o sistema que se têm que adaptar à realidade, com a ressalva, é certo, que aquela norma conflitual não é infinitamente elástica, tal como um qualquer critério normativo, *hoc sensu*, material de certo sistema¹²³. A fragmentação vai implicada na qualificação apenas pela simples razão que o *prius* metodológico do DIP é o problema jurídico concreto.

¹²³ Cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Pj→Jd. A equação...*, cit., p. 377.

Isto posto, atente-se que é o próprio problema plurilocalizado, enquanto problema jurídico, que nos aponta para uma possível fragmentação, *rectius*, compreensão dos termos da sua juridicidade.¹²⁴ O que implica a consideração de que uma fragmentação dessa mesma juridicidade, nos quadros do problema conflitual se afira perante os princípios normativos referentes aos visos do DIP e à própria compreensão daquele quadro normativo unitário de sentido onde englobamos a *lex causae*.¹²⁵

Do que vai dito, poder-se-á levantar a seguinte objecção: no DIP a juridicidade do sentido do problema não é referente a um só projecto axiológico normativo de uma determinada *communitas*, o que poderia implicar que a fragmentação de um problema de acordo com esse projecto não seria possível sem antes proceder ao funcionamento de uma regra de conflitos especializada e, nesse caso, já teríamos que dar relevância àquela fragmentação no DIP. Todavia, o projecto axiológico-normativo que constitui um pré-saber face ao caso apenas poderá ser um: *o do ordenamento do foro*. O que não implica a desconsideração das valorações próprias de cada ordenamento considerado onde o problema se põe. Simplesmente, havendo necessidade do julgador dar resposta ao problema conflitual, em primeira instância, há-de fazê-lo perante o ordenamento do foro, porque o critério problemático radicado na regra de conflitos deste sistema conflitual assim o dita. Ao que acresce que as valorações de cada sistema jurídico serão respeitadas aquando da construção daquele quadro normativo unitário de sentido que pressupõe já a correlação entre uma *lex causae* e a *lex fori*.

A fragmentação e compreensão em geral e no DIP é tida pelo e no caso através das suas específicas dimensões *mundano-social, antropológico-existencial comunitária*

¹²⁴ Isto tendo em conta que “apenas pela referência da situação ao sentido que sobre ela problemáticamente interroga se podem traçar, na continuidade fluida e indeterminada da sua integração na totalidade do real, os limites da sua individualização e, portanto, da sua relevância (...) Portanto, se só pela referência à situação o problema se determina, também só pela referência ao problema a situação se objectiva e se individualiza no que tem de relevante.” Logo, uma unidade jurídica da situação para o problema e do problema para a situação de onde emerge um sentido jurídico de conteúdos específicos e de relevantes particularidades”, Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 159 a 163, especialmente 162.

¹²⁵ De outro modo, avaliação no caso enquanto uma “pré-síntese de um interrogativo sentido concreto de intenção jurídica que conjuga uma intenção normativa geral ou de validade (...) com uma situação concreta.” (*ibidem*), também, FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Racionalidade...*, cit., p. 169, reafirmando que “ (...) para tematizar a situação problemática que nos interpela, recortando-a autonomizantemente e mesmo qualificando-a provisoriamente (abrindo-lhe um espaço próprio e delimitando-a de todas as demais). Um problema jurídico não vem, portanto, à epifania sem uma mais ou menos imediata objectivação da juridicidade.”

e *ética* que constituem o projecto axiológico normativo de uma *communitas modalizada* pelo princípio normativo do direito e da qual se alimenta a consciência jurídica geral¹²⁶, logo a fragmentação de questões jurídicas é mero elemento constituinte do *prius reflexivo* do DIP¹²⁷. Aproveitamos o ensejo para reafirmar que nesta dialéctica *problema - sistema* a qualificação vê a sua solução.¹²⁸ Ora, sem risco de contradição, nos quadros do DIP não podemos proceder a uma divisão do núcleo “celular” da reflexão entre o problema e entre o sistema, já que tal resultaria na precedência lógica da fragmentação à qualificação. Os dois problemas são um só: o recorde do mérito problemático do caso e a constatação, a par do problema conflitual, das exigências do sistema da normatividade jurídica vigente, *hic et nunc*, da *lex causae* por mediação da *lex fori*.¹²⁹

β) As considerações precedentes permitem-nos compreender, desde já, o porquê de se afirmar que é nos quadros da *lex causae* que se irá avaliar se certa situação plurilocalizada é ou não é juridicamente relevante. Ressalve-se que esta afirmação não deve ser entendida, pensamos, no sentido de ser no prisma do *Sistema* que reconhecemos a relevância jurídica ou a sua irrelevância jurídica de um caso concreto. Ora vejamos: pelas dimensões do problema julgando *supra* mencionadas determina-se o carácter jurídico do caso, isto é a própria intenção da juridicidade e o sentido e limite

¹²⁶ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 161, outrossim, FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Racionalidade...*, cit., nota 67, p. 170, em paráfrase a Walter BENJAMIN que “ (...) contexto significativo [dos prolemas – ou seja, o sistema -] é o suporte em que a semelhança surge (...) ”.

¹²⁷ Assim, a sua objectivação tematizante e qualificação especificante, cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições...*, cit., p. 969 a 974 e, também, em *Pj → Jd. A equação...*, cit., p. 372 e ss.

¹²⁸ Isto porque “a objectivação do caso consiste em recortar (...) o problema relevante no quadro da complexa situação em que ele vem à epifania, privilegiando o nuclearmente decisivo em detrimento do problema, das circunstancialmente pertinentes constituídas exigências... constitutivas do sistema da normatividade jurídica vigente. (...) dois aspectos de uma mesma questão unitária (...) ”, sendo “a reflexão em causa uma analogia de objectivação tematizante e de qualificação especificante”, cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições...*, cit., p. 970.

¹²⁹ O que afirmamos não entra propriamente em conflito com a perspectiva de que o *dépeçage* é uma consequência da especialização das regras de conflitos e do parcelamento / desdobramento da relevância jurídica do caso decidendo. Contudo, o prisma em que nos situamos é o do juízo jurisdicional, como tal, aí sim aquela afirmação perde relevância já que aquela fragmentação é própria e congénita ao raciocínio do Julgador. Dir-se-á que a especificidade em DIP é um autêntico *tomar de consciência* perante o seu *prius reflexivo* e *condicionante* e a pluralidade de questões jurídicas que certo caso desvela, porém, uma vez mais, não se pode negar a unidade deste caso com base na fragmentação. Em última instância, será ela o momento decisivo para possivelmente certo critério assimilar o caso. Em sentido semelhante, pensamos, veja-se MOURA RAMOS, «*Droit International privé vers la fin du vingtième siècle...*», cit., p. 198 e 199: “ (...) en se bornant à l’accepter [a fragmentação das questões jurídicas] comme conséquence d’un principe de spécialisation dans la désignation de la loi applicable et tout en soulignant qu’il ne devrait jamais nuire à la cohérence dans le règlemente du rapport en question.”.

dessa juridicidade. As concepções de direito só são válidas na medida em que sejam susceptível de compreender e traduzir a função normativa que o Direito é chamado a desempenhar na vida humano-comunitária. Consequentemente, o Sistema Jurídico é poroso e insusceptível de determinação, permanentemente aberto e em contínua reintegração e reelaboração constitutiva. A validade comunitária, de outro modo o projecto de validade histórica e problemático-concretamente realizado lançam as bases para compreender que sempre que não estejamos perante uma daquelas mencionadas dimensões ou faltar qualquer uma delas não haverá juridicidade a revelar numa situação concreta. Logo, ainda, é na perspectiva do problema que verificamos a existência daquelas dimensões.¹³⁰

Sabendo que uma situação jurídico plurilocalizada se põe / coloca a vários sistemas jurídicos a que correspondem, possivelmente, diversas valorações vemos que o próprio problema dialecticamente considerado com o ordenamento do foro – o autêntico mediador do DIP – irá de encontro ao sistema jurídico da *lex causae*. Se o problema, respeitadas aquelas dimensões constituintes, apelar no ordenamento do foro àquele sentido de juridicidade, necessariamente e por correlação, que, frise-se novamente, não é mais que a construção problemática do julgador daquele quadro normativo unitário que temos vindo a apelar, com o sistema da *lex causae* será tido como juridicamente relevante nos quadros do DIP (e nesse sistema).

Exigindo-se sempre uma valoração pela óptica do problema plurilocalizado que nos leva a uma analogia motriz entre o *particular – Problema* e entre o *particular – Sistema mobilizável* de acordo com o sistema conflitual do foro e de acordo com aquela unidade entre a relevância jurídica do problema e o seu recorte, perante a qual acedemos à qualificação do problema concreto a par da múltipla fragmentação em questões principais e ou parciais.

¹³⁰ Neste sentido, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 232, explicitando que sempre que não estejamos “perante “uma relação socialmente objectiva (...) se, embora num quadro de mediação social (...) não se suscitar a dialéctica, a exigir uma resolução, entre uma pretensão de autonomia e uma exigência comunitária; se não obstante a pressuposição de uma dialéctica desse tipo, não estiver em causa a eticidade correlativa da pessoa” não haverá juridicidade. Assim, “ (...) estamos perante um caso a pôr um problema jurídico se relativamente a uma concreta situação estiver em causa, e puder ser assim objecto e conteúdo de uma controvérsia prática, uma relação humana de comunhão ou repartição de um qualquer espaço objectivo-social em que releve explicitamente a tensão dialéctica entre a autonomia ou liberdade pessoal e a vinculação ou integração comunitária e que convoque num distanciador confronto (...) a afirmação ética da pessoa.”, cfr. *ibidem*, p. 233.

Só por esta unidade é que aquela afirmação – de que é nos quadros da *lex causae* que se afere da relevância jurídica de uma situação concreta – é compreensível porque o que se afirma é a necessidade das valorações dos sistemas onde o problema se põe e uma correcta apreensão da relevância deste problema. Por seu turno, reconhecemos que esta perspectiva não poderá ser aceite se aquele quadro normativo unitário (porque unidade de sentido!) for negado, propugnando-se a ideia de que as regras de conflitos aplicar-se-iam sempre independentemente do sistema jurídico competente considerar irrelevante o caso concreto, naquela sua concreta especificidade – questão jurídica – a que foi chamado dar resposta. Uma vez mais, quem desconsiderar o problema plurilocalizado como o *prius* reflexivo e considerar o objecto imediato do DIP outros critérios normativos a presente compreensão não poderá ser aceite. De outro modo, num sentido englobante reconheça-se que, retirado o critério problemático do foro do presente exercício, a procura da relevância do caso seria sempre no sistema efectivamente mobilizável, daí que os critérios pré-objectivados que o caso procura sejam os do sistema da *lex causae* e a relevância (irrelevância) jurídica do caso esteja dependente das suas dimensões constitutivas em dialéctica com esse sistema.

Se bem vemos, a mesma ordem de considerações encontra-se na base da compreensão do problema referente ao desenvolvimento *trans-sistemático* nos quadros do DIP¹³¹, ou melhor, da falta de critério constituído, embora correspondendo a *uma necessidade de exclusividade*¹³² daquele concreto sistema jurídico (da *lex causae*), de onde se poderá extrair um critério *constituendo* para o julgador formular um quadro normativo unitário de sentido com as regras de conflitos do foro e em referência ao problema judicando ou até a aproximação deste a um princípio (fundamento) daquele sistema.¹³³

¹³¹ Dir-se-á que na dialéctica *problema – sistema* independentemente de neste último particular os critérios normativos prescritos não assimilarem aqueloutro, os seus fundamentos e princípios terão que ser “ (...) suficiente[s] para permitir pôr esse mesmo problema (...) ”, cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Pj→Jd. A equação...*, cit., nota 212, p. 381, enquanto problema juridicamente relevante pelo reconhecimento daquelas dimensões constitutivas do caso decidendo em correlação àquele quadro normativo entre o foro e o sistema mobilizável.

¹³² “*Necessidade*” no sentido de ser aquele concreto sistema, tendo em conta o critério problemático do foro, que é mobilizável face a certa relevância jurídica do caso, não havendo, neste sentido, sistemas a considerar alternativa, cumulativa, distributiva, subsidiária ou condicionalmente como passíveis de mobilização.

¹³³ Aqui estará implícita a consideração de que o operador metodológico entre os *relata* referidos – a analogia –, seja ela a instituição de uma relação entre o caso e uma norma constituída ou constituenda

γ) Retomando o *fio de ariadne*, depreende-se que a operação que vai implícita na qualificação é analógica.¹³⁴ Uma correlação entre o problema jurídico e o sistema jurídico da *lex causae* mediado pela *lex fori*. Mediado no sentido de um recorte intencional das exigências dos princípios da segurança e certeza jurídicas correspondentes à ideia da segurança através do Direito, face ao termo de comparação radicado na projecção axiológico-normativa do Direito.¹³⁵ Se, por um lado, procedemos ao recorte problemático do caso através da coordenada espaço, ou seja, pela sua localização, e através do recorte da sua juridicidade que lhe vai implícita, por outro lado procedemos ao recorte do sistema jurídico que aquela localização determina e procedemos à interpelação daquela juridicidade e a juridicidade pré-objectivada nesse sistema¹³⁶. Cada particular tem as suas características e ao termo de comparação residem as notas pelas quais se irá tentar aproximar cada um desses particulares. Se temos vindo a dar prevalência ao particular relativo ao Sistema Jurídico deve-se, sobretudo, à especificidade do DIP e da sua correlativa necessidade de atender à localização do problema jurídico relativamente à diversidade dos sistemas onde este se coloca.

Pelas considerações precedentes, a presente compreensão não afasta, mas pressupõe numa autêntica unidade as comumente mencionadas etapas ou momentos da qualificação¹³⁷: α) interpretação do conceito-quadro ou dos conceitos que o constituem; β) interpretação da *lex causae* e dos conceitos homólogos dos seus critérios

ou entre o caso e um princípio de certo sistema, será, em verdade, sempre uma *analogia iuris*, assim FERNANDO JOSÉ BRONZE, «O Problema da Analogia iuris (algumas notas)» in Analogias, Coimbra, 2012, p. 276 e ss., em sentido contrário por uma alteração de nível entre os *relata* envolvidos, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 262 e ss.

¹³⁴ Se bem vemos é este o pensamento explicitado por FERNANDO JOSÉ BRONZE, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença...*, cit., nota 835, p. 332, nota capital que seguimos de perto face ao modelo da qualificação.

¹³⁵ Analogamente, desta feita, referente às exigências constitutivas do Direito Intertemporal, veja-se FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições...*, cit., p. 835 e ss. e especialmente p. 851, sendo aquele termo de comparação o mesmo durante o desenrolar do esquema metódico, isto é “ (...) o deveniente (por mediação do problema) sentido da normatividade jurídico-vigente.”, cfr. *idem*, *Pj→Jd. A equação...*, cit., p. 374.

¹³⁶ “ (...) la qualification (...) n'est en rien une opération neutre; elle ne se laisse pas réduire à un simple mécanisme de classement ou subsumption sous les catégories préexistantes, univoques et immuables. En d'autres termes, la qualification est «le résultat d'un acte intentionnel qui produit les faits et le droit».”, cfr. ALAIN PAPAUX, *Essai philosophique...*, cit., p. 398 e 399.

¹³⁷ Por todos, FERRER CORREIA, *Direito Internacional...*, cit., p. 150 e ss., ainda, HELENA MOTA, *Os efeitos patrimoniais...*, cit., p. 335 e ss.

normativos e γ) uma interpretação da *lex causae* em referência ou pela *lex fori*.¹³⁸ Porquanto, para nós, um quadro normativo unitário entre a regra de conflitos do foro – etapa α) – e os critérios normativos da *lex causae* – etapa β) e etapa γ) – em interpelação com e pelo problema julgando. Todavia, ao pressupormos estas três etapas numa unidade, também pressupomos que quer a *lex causae* quer a *lex fori* estão presentes em todos os momentos referidos, o que, em verdade, não é mais do que o reconhecimento da interpretação à luz ou com base no caso plurilocalizado e no *continuum* entre a interpretação de uma norma e a sua mobilização (se se quiser aplicação).

A delimitação do problema da qualificação, compreendida deste modo, implica um objectivo de *garantia*. Garantia de que os critérios normativos que iremos mobilizar nos quadros da *lex causae*, através da conexão, são, numa relação de semelhança e diferença, correspondentes ao conceito-quadro da regra de conflitos especializada do foro face ao problema julgando e à sua específica e irreduzível circunstância. Assim, construída problematicamente, aos olhos do julgador, esta “garantia” e correspondência, a solução do problema do caso é em si uma *possibilidade construída*. Porém, ressalve-se que esta garantia não é indicativa de momentos sucessivos no raciocínio do julgador, ou melhor, momentos sem qualquer interligação ou interpenetração com, por exemplo, a directa experimentação no esquema metódico.

Apelamos constantemente a uma unidade no juízo jurisdicional sabendo que toda a metodologia é uma analítica e um caminho para uma solução, a unidade co- envolve-se no resultado desse método em que cada momento entra em correspondência com os restantes. De outro modo, qualificamos nos quadros do DIP para experimentarmos, mas esta experimentação é correlativa dessa qualificação e vice-versa.

Pela qualificação o julgador atenta às possibilidades interrogativas dos princípios e dos critérios do *particular – sistema* em pergunta pelo mérito do caso. Pergunta pelo mérito do caso em que este é verdadeiramente autónomo, traduzindo-se numa aporia

¹³⁸ A terceira etapa é, por conseguinte, o fecho da abóbada da operação da qualificação e esta referência / verificação entre a *lex causae* e a *lex fori* radica na mútua interpenetração dos três etapas, neste sentido, veja-se MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação...*, cit., p. 143 e 144, igualmente BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 116.

não absorvida pela intencionalidade dogmática acabada e fundamentante derivada daquele quadro normativo unitário de sentido. Tudo se traduzindo como que numa nova intenção problemática quer do Sistema quer do Caso, ou seja, no problema da qualificação em DIP, e na qualificação em geral, não tomamos nem o sistema jurídico como um dado fechado nem tão pouco o problema judicando como um dado acabado que apenas terá que ser reconduzido a um critério normativo. O que nos leva a reconhecer que é a mesma solução do problema da qualificação que preside aos casos onde o sistema jurídico da *lex causae* não possui um critério constituído para ser mobilizado ou o problema na sua especificidade é em si juridicamente irrelevante ou relevante.

Por ora, frisemos outro ponto: é que a delimitação problemática do problema judicando e do quadro normativo unitário de sentido consagram o método pela qual a qualificação se acha afinal resolvida, assim afastamo-nos de modelos referentes unicamente quer à *lex fori* quer à *lex causae*. Na perspectiva, agora em questão, não há qualquer cisão entre uma interpretação do conceito-quadro e o seu objecto correlativo à *lex causae*. O que implica que a peça fundamental da presente compreensão seja a conexão, mormente, o elemento de conexão. É ele o momento decisivo do problema conflitual e é por ele que se processa o discorrer analógico, isto é a peça que permite aquele quadro normativo unitário de sentido construído problematicamente pelo julgador. O elemento de conexão é o elo que enforma internamente aquele particular para ser aproximado ao problema em diálogo constante. A conexão é, pois, neste sentido, o problema fundamental do DIP.

Recortando problematicamente as outras concepções do problema da qualificação, atendamos aos quadros da teoria da qualificação *lege fori* e ao género de resultados que a mesma nos pode levar em detrimento daquele quadro normativo de sentido que temos vindo a considerar. A crítica de fundo a esta construção, que já vai implícita no que dissemos anteriormente, radica em tomar como ponto de partida do DIP a regra de conflitos especializada, olvidando o problema jurídico plurilocalizado e desconsiderando a diferença entre os critérios normativos do sistema do foro e os dos sistemas estrangeiros mobilizáveis. Procedendo-se deste modo nunca seria possível afirmar um quadro normativo unitário de sentido entre a *lex fori* e a *lex causae* porque simplesmente esta só aparece como mobilizável se aquela “*assim o quiser*”... por um

acaso de correspondência entre tipos de critérios normativos¹³⁹. Com efeito, concebido o problema da qualificação por este prisma igualmente as particulares características do problema julgando seriam as que o ordenamento do foro “*quisesse*”, não arbitrariamente, mas por uma necessidade de correspondência com os seus critérios normativos.

A qualificação *lege fori* levaria a resultados diferentes consoante o lugar em que se levasse a juízo certo concreto caso, isto porque o *Conceito Quadro do Foro* é um *Conceito-Quadro x* e só tem em consideração normas do *tipo x*, o problema julgando passa a ser visto à luz de *x* perdendo particularidades / especificidades, que aos olhos do julgador não se desvelam pela simples razão que se nega a consideração aquele problema como *prius reflexivo*, assim um problema jurídico concreto é um *Problema Jurídico x* face a um Sistema Jurídico que, também, seja *x* porque o Ordenamento Jurídico do Foro é *x*. Sucintamente:

Regra de Conflitos do foro faz referência pelo seu Conceito-Quadro a um critério do seu sistema do tipo x, logo o recorte do problema julgando é feito por referência àquele tipo, assim como os critérios normativos desvelados por aquela regra de conflitos apenas poderão ser do tipo x.

¹³⁹ O que não significa, é certo, que os critérios normativos de certo sistema mobilizável não impliquem uma análise desse sistema e dos seus próprios fundamentos constituintes, cfr. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du Droit international privé*, Paris, 2002, p. 29 e ss., especialmente p. 37: “ (...) si on veut que les systèmes coexistent avec leur originalité tout en fonctionnant en coopération, il faut qu'ils s'adaptent les uns aux autres, et cette adaptation suppose que chaque système explore le système voisin avec les instruments dont il dispose et qui déterminent ses moyens d'adaptation, savoir ses propres concepts”, onde se explicita a ideia de ajustamento e cooperação entre sistemas que é inteiramente válida. Contudo, o que se terá que rejeitar liminarmente é o entendimento que essa aproximação, ajustamento, adaptação e coordenação implique o reducionismo problemático de pura recondução ao sistema do foro e que as suas regras de conflitos são o ponto de partida radical dessa aproximação. Aqui *estricta e literalmente* leva-se em conta a ideia que se terá que colocar certo critério normativo de uma lei estrangeira nas gavetas do sistema jurídico do foro (imagem expressiva sobre a interpretação do conceito-quadro e consequentemente a operação da qualificação de MELCHIOR *apud* BATIFFOL, *ibidem*, p. 31). De tal forma que se deve ajustar e articular os dois sistemas, foro e estrangeiro, por um ponto de referência: o sistema do foro. Ou seja, nesta concepção afecta-se a própria mobilização de certo critério normativo por recondução em abstracto (divisão e ajustamento) às categorias do foro, tudo dependendo em última instância da própria sensibilidade e faculdades do julgador para estabelecer uma relação de semelhança entre institutos desconhecidos e o do foro, cfr. *ibidem*, p. 33 - a título de curiosidade relativamente à questão das faculdades e da sensibilidade jurídica do Julgador interessante as afirmações de ERIK JAYME, *Sobre a aplicação do Direito Civil Português por Tribunais Alemães*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 38, n.º 2 (Maio – Agosto), 1978, p. 345, face às diferenças entre os Tribunais Alemães e os Tribunais Portugueses para a averiguação do direito estrangeiro e do recurso a secções especializadas e dedicadas ao conhecimento de outros sistemas aquando dos casos mais difíceis.

Constantemente diz-se que as razões do recurso, *obrigatório*, à qualificação *lege fori* residiriam ora por estarmos perante a *interpretação* de uma regra de conflitos do foro e, como tal, tal norma teria que ser interpretada à luz dos critérios desse sistema ora por um *aparente* círculo vicioso de não sabermos, sem o recurso àquela regra, qual seriam os sistemas mobilizáveis.¹⁴⁰

Quanto à qualificação *lege causae*, sucintamente, sabendo nós que esta construção simplesmente nega o valor da regra de conflitos especializada, ocorre um autêntico *insolúvel*, é que à partida a Regra de Conflitos do foro nada significa, logo o problema jurídico é considerado pelo(s) sistema(s) da(s) *lex causae* directamente através de uma conexão sem um referente de sentido, sem uma medida de recorte da relevância jurídica para que esses sistemas fossem reconhecidos como mobilizáveis. De outro modo, o sistema jurídico de uma *lex causae* é considerado através da conexão da regra de conflitos do foro, só que essa mesma conexão não é referente a qualquer questão, matéria ou relevância jurídica, deste modo a preferência do foro por certa conexão dilui-se na forma como aqueles sistemas se referissem a ela. Assim, para a qualificação *lege causae*, o que estaria em causa seria apenas a conexão do foro e a partir desta os domínios a que ela se refere seriam delimitados pelas próprias *lex causae*. Este modo de ver as coisas surgiu em reacção face à restrição e compressão da qualificação *lege fori* e só assim pode ser compreendida. Assim, *regra de conflitos do foro nada significa*¹⁴¹,

¹⁴⁰ Cfr. BATIFFOL e LAGARDE, *Droit International Privé...*, cit., p. 478 e 479; CARAVACA e GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, cit., p. 325 e 326 fazendo referência a um argumento lógico, argumento prático e argumento sistemático que fundamentam a opção dos partidários da qualificação *lege fori*; LOUSSOUARN e BOUREL, *Droit International Privé...*, cit., p. 200, adoptando e considerando o modelo de qualificação *lege fori* como um “*mal necessário*” em comparação com o modelo *lege causae*; por último, tendo em conta o enquadramento histórico e em defesa da concepção de BARTIN contra a inoperante qualificação *lege causae*, MACHADO VILELA, *Tratado Elementar...*, cit., p. 510, já que se torna “ (...) evidente que a qualificação de uma relação jurídica precede naturalmente a determinação da lei que lhe é aplicável depois de se saber, por exemplo, se uma relação jurídica é um direito de família ou um direito de sucessão, é que o juiz pode aplicar a lei reguladora das relações de família ou das sucessões. Sendo assim, a doutrina de Despagnet representa, como notam Diena e Arminjon, uma petição de princípio, pois, segundo Despagnet, a qualificação de uma relação jurídica dependeria da lei aplicável, quando é certo que a lei aplicável não se pode determinar sem que se tenha determinado previamente a natureza da relação jurídica de que se trata.”

¹⁴¹ Já num sentido semelhante, MACHADO VILELA, *Tratado Elementar...*, cit., p. 262, afirmando que “ (...) a aceitação das qualificações das leis estrangeiras teria como consequência, como observa a mesmo Arminjon, a aceitação das regras de conflitos estrangeiras, o que representaria a destruição do sistema jurídico da *lex fori*, pois se não respeitava nem a natureza que ela assinalava às relações jurídicas nem a conexão destas com uma determinada lei.”

logo o problema julgando é visto pela conexão do foro, contudo pela caracterização das normas e do conceito-quadro (do critério problemático) do foro pelo sistema mobilizável a título de *lex causae*. Simplesmente aqui falha um pressuposto de inteligibilidade, que *tendencialmente* será resolvido se se tiver em conta o *princípio da não-transactividade*¹⁴², isto é as concretas e múltiplas conexões que o problema jurídico desvela. Logo:

Regra de conflitos primária desvela os sistemas onde o problema se coloca, daí o problema julgando será correlacionado com cada um desses sistemas face a uma regra de conflitos do foro que apenas indica conexões específicas de forma avulsa, isto é sem medida e sem qualquer sentido de referência a um conceito-quadro que será preenchido pelos sistemas desvelados pela regra de conflitos primária.

Em verdade nem é perceptível¹⁴³, mesmo tendo em consideração o princípio da não-transactividade e considerando o *prius do DIP* como é que este modelo de qualificação opera, aqui não há qualquer quadro normativo unitário de sentido, nem tão-pouco um critério problemático do foro talqualmente o concebemos, apesar da consideração do elo, da peça fundamental entre o foro e a *lex causae* – sempre se dirá que o teriam que fazer correndo o risco de não se saber quais as conexões desveladas pelo caso -, falta, portanto, um critério de referência e medida à relevância jurídica (ou parte dessa relevância) do caso decidendo.¹⁴⁴

Pela forma como compreendemos o problema da qualificação, problema jurídico em mútua interpelação com um quadro normativo unitário de sentido, ou seja:

¹⁴² De outro modo, a divisão da presente operação em qualificação primária e qualificação secundária, cfr. RIGAUX e FALLON, *Droit International Privé...*, cit., p. 288.

¹⁴³ Cfr. FERRER CORREIA, *O problema da qualificação...*, cit., p. 42, referindo-se que a interpretação do conceito-quadro pela *lex causae* é ideia tão inviável que se impõe a todos *prima facie*.

¹⁴⁴ Agora se a qualificação *lege causae* enquanto não pode ser tida como modelo do problema da qualificação como um todo, pode ser reconduzida à ideia motriz de que os critérios normativos devem ser mobilizados e recortados problemáticamente de acordo com o sistema onde se inserem (cfr. BATIFFOL, e LAGARDE, *Droit International Privé...*, cit., p. 483), como vimos, tal não questionamos. Todavia, enquanto modelo operativo da questão da qualificação, não nos permite compreender a função da regra de conflitos do foro nem em que consiste o seu critério problemático. Para uma análise entre modelos de qualificação *lege fori* e qualificação *lege causae*, atente-se às considerações em HELENA MOTA, *Os efeitos patrimoniais (...)*, nota 629, p. 341; RIGAUX e FALLON, *ibidem*, p. 285 a 288.

Problema judicando em dialéctica com um sistema da lex causae, onde implicitamente vai implicado um quadro normativo unitário de sentido entre a regra de conflitos especializada polarizada no seu conceito-quadro face a uma conexão específica (um elemento de conexão já materializado) num critério normativo desse sistema da lex causae. Aproximação dos pólos referidos através do sentido deveniente do Direito entre o ordenamento do foro, o ordenamento estrangeiro e o próprio problema concreto.

Eis que analítica e estruturalmente só conseguimos entender a *qualificação* em DIP como resultado de uma operante tripla analogia entre três particulares distintos: (α) o problema judicando, (β) a *lex fori* e (γ) a *lex causae*. Vendo uma sucessiva procura da semelhança na diferença entre a intencionalidade problemática do próprio problema jurídico concreto face ao critério problemático dado pela *lex fori*, ou seja, uma analogia entre (α) e (β); entre este critério problemático da *lex fori* e o critério-resposta dado pela *lex causae*, analogia entre (β) e (γ); e, por último, entre o critério-resposta da *lex causae* e a pergunta-problema do caso, analogia entre (γ) e (α)¹⁴⁵. Assim, analogia entre o problema judicando e um quadro normativo unitário de sentido que é constituído pela regra de conflitos especializada, pela qual se recorta certa relevância daquele problema através de uma conexão de certo tipo que se torna o elo entre aquela regra e o critério normativo da *lex causae* que conserva a sua individualidade nos quadros da tessitura do sistema jurídico, mas também, por seu turno, é referência àquela particular relevância jurídica do problema recortada pelos conceitos-quadro. Aqui a referência a uma qualificação é, em suma, *o recorte do mérito problemático do caso* ora pela sua localização espacial ora pela sua relevância jurídica, face ao recorte de um critério (ou de vários critérios) normativo(s) de um sistema onde aquele problema se põe. Atente-se que quando nos referimos a um critério normativo igualmente podemos referirmo-nos a um princípio, como tal reportamo-nos a um “*candidato possível*” de mobilização nos quadros daquele sistema.

Das considerações precedentes já vai implicado que, pela forma como compreendemos a qualificação, a destriça entre uma qualificação primária e

¹⁴⁵ cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *A Metodonomologia entre a semelhança e a diferença...*, cit., nota 835, p. 332.

qualificação secundária apresenta-se como uma complicação desnecessária.¹⁴⁶ Claro está que para a compreensão de outros modelos de qualificação, tantas vezes, é necessário perceber que analogamente ao funcionamento do princípio da não-transactividade vertido numa Regra de Conflitos Primária ou, para nós, o recorte do mérito problemático do caso na sua localização, os autores que propugnam uma qualificação primária visam esse sentido daquela regra ou aquela localização – já que através dela se determinaria a regra de conflitos “*aplicável*” do sistema do foro pela qualificação do problema jurídico à luz da *lex fori* e sucessivamente já no âmbito de uma segunda qualificação proceder-se-ia à descoberta de quais as normas no sistema da *lex causae* que se aplicariam àquela situação ou questão¹⁴⁷. Estruturalmente procuram resolver um problema cujas regras de conflitos especializadas não visam dar resposta, porque elas adequadamente compreendidas apenas visam um problema subordinado na óptica conflitual, assim, por consequente lógico, a qualificação primária e secundária é um *não-problema*.

Na primeira construção, *qualificação lege fori, tendencialmente* não subsistem quaisquer conflitos entre critérios mobilizáveis, porém à custa da particular relevância do próprio problema judicando, que apenas é visto à luz do sistema do foro.¹⁴⁸ Pela perspectiva como compreendemos a qualificação¹⁴⁹ subsistem concursos de critérios

¹⁴⁶ Neste sentido, veja-se, por todos, FERRER CORREIA, *A codificação (...) Continuação...*, cit. p. 35, ainda, em *O problema da qualificação...*, cit., p. 64 e ss., explicitando que a qualificação primária não constitui qualquer problema, já que “O juiz não tem perante si senão as leis a que a situação da vida a julgar esteja efectivamente conectada e que, por assim, dizer, ela solicite. Face ao litígio que lhe é submetido, cumpre-lhe - [ao julgador] – discorrer do seguinte modo: Verifico que a situação litigiosa está em contacto com dois sistemas jurídicos: com o sistema jurídico S, através do elemento de conexão «nacionalidade ou domicílio das partes»; com o sistema jurídico S₁ pelo factor de conexão «lugar onde ocorreram os factos alegados». Vou admitir agora, por hipótese, que o sistema jurídico S é o aplicável: que normas disciplinam aí esse tipo de casos? Porventura normas que se integrem na categoria da regra de conflitos relativa ao estatuto pessoal? E um raciocínio semelhante terá que desenvolver, seguidamente, no que respeita ao sistema jurídico S₁.”

¹⁴⁷ Note-se que só nesta qualificação secundária é que o modelo de qualificação *lege causae* poderia tornar-se operante, todavia unicamente com o sentido de que a caracterização dos critérios do sistema mobilizável deve ser interpretada à luz desse mesmo sistema, tal como referimos anteriormente.

¹⁴⁸ Cfr. FERRER CORREIA, *O problema da qualificação...*, cit., p. 80, relativamente à rígida sujeição à *lex fori* e a consequente eliminação das dificuldades radicadas num concurso de critérios mobilizáveis.

¹⁴⁹ Temo-nos vindo referir unicamente a um critério normativo de uma *lex causae* face a uma regra de conflitos especializada em referência ao problema judicando. Porém, na mundividência do DIP, a qualificação terá que ser compreendida na globalidade do recurso às várias regras de conflitos correspondentes a outros tantos critérios, isto pelas conexões cumulativas, condicionais, exclusivas, alternativas, subsidiárias e condicionais que aquele caso concreto revela. Se se quiser, analiticamente, no final da operação da qualificação ao Julgador aquele quadro normativo unitário de sentido deverá ser

normativos mobilizáveis, já que certo critério normativo pode resolver ou não a parte da relevância jurídica do problema judicando que lhe foi adjudicada pelo critério

reconduzido à unidade do problema, deste modo aquele quadro é a, digamos, “soma” entre as diversas regras e os diversos critérios dos sistemas em causa por referência ao problema plurilocalizado.

Para atendermos a esta multiplicação do problema subsequentemente abordaremos os concursos de normas mobilizáveis, por ora, o que queremos dizer é que é que a operação da qualificação, sendo o recorte do mérito problemático do caso na sua concreta juridicidade implica o reconhecimento não de *um só sistema onde o problema se põe*, mas sim *dos vários sistemas* onde se projecta aquela relevância. Apesar de não ser uma operação precedente à experimentação de critérios mobilizáveis, mas sim correlativa, vemos que, atomisticamente considerada, a qualificação só vê a sua “solução” quando se atende aos vários sistemas, logo à multiplicação do seu problema. Isto é: perante o recurso a duas regras de conflitos que nos reconduzam a dois sistemas, o quadro normativo unitário de sentido pressupõe dois critérios normativos desses sistemas, restando a sua coordenação para se afirmar um critério hipotético de resposta ao problema do caso, porque, independentemente da quantidade de regras de conflitos que nos socorramos para desdobrar a relevância do caso, a construção problemática do julgador de um particular pelo qual procederá em dialéctica constante com o caso na procura da sua assimilação pressupõe a coexistência desses critérios subjacentes a diversos sistemas e mediados por diversas regras de conflitos. Se anteriormente não especificámos a presente operação nas suas múltiplas vertentes tal deveu-se, sobretudo, a uma *ordem de exposição* para tentarmos exprimir a compreensão em torno do que seja um quadro normativo unitário de sentido entre as normas conflituais e as normas dos sistemas estrangeiros por referência ao caso decidendo.

Retomando o modelo da qualificação referido vemos que, rigorosa e esquematicamente, a qualificação, enquanto dialéctica entre problema e sistema, multiplica-se conforme as regras de conflitos especializadas e os critérios tidos como mobilizáveis logo:

Problema judicando em dialéctica com vários sistemas através de conexões cumulativas, condicionais, exclusivas, alternativas, subsidiárias e condicionais que aquele caso concreto revela, onde implicitamente vai implicado um quadro normativo unitário de sentido entre a regra de conflitos especializada polarizada no seu conceito-quadro face a uma conexão específica num critério normativo de um desses sistemas, ao que acresce outra regra de conflitos especializada e outro critério normativo de outro sistema, assim sucessivamente, até se afirmar quais os sistemas mobilizáveis para a experimentação e coordenação através de um termo de comparação que reside no sentido deveniente do Direito por entre o foro e o sistema estrangeiro em causa e o caso concreto.

Explicitemos o que vai dito: o particular subjacente ao pólo do Sistema será multiplicado consoante os vários sistemas considerados para se proceder a uma procura da semelhança na diferença face ao problema plurilocalizado, só que, em inúmeras analogias motrizes proporcionadas pelo problema conflitual, terá que, antes de se proceder à experimentação e coordenação daqueles critérios, se reconstruir a unidade problemática do problema que foi desdobrado, assim o resultado final da qualificação será o reconhecimento de diversos critérios que vão imbricados em vários quadros normativos de sentido entre o foro e os sistemas em causa. Pensamos que, de acordo com a perspectiva pela qual compreendemos o problema, seja este o modo, sem risco de contradição, de pensar a qualificação em DIP. Por outro lado, a dificuldade em encontrar uma espécie de “fórmula exacta” é referente à multiplicidade de perspectivas em questão ora num sentido de decomposição ora num sentido unitário. Não nos esqueçamos, esta é a chave, que a individualidade - unidade do problema jurídico, mesmo que reconduzida por inúmeras parcelas da sua juridicidade a diversos ordenamentos aquando da experimentação de critérios, tem que ser o centro das atenções do Julgador. O desdobramento daquela relevância acontece por uma necessidade de encontrar um critério que possa preparar ou possibilitar uma solução, só que no DIP esse mesmo critério é multiplicado ou composto, conforme a perspectiva analítica ou unitária de compreensão do problema (não se veja aqui uma destrição entre os casos plurilocalizados e os casos internos, é que nestes, identicamente, se procede a um desdobramento para se reafirmar uma individualidade, isto se o considerarmos atomística e analiticamente). Em suma, para nós, não prescindindo de uma visão unitária, a construção problemática do Julgador daquele *noema* será constituído por tantos ou mais critérios que sejam possivelmente mobilizáveis consoante o recurso a várias regras de conflitos especializadas *conforme as exigências do problema judicando*.

problemático do foro, mas também porque a escolha do elemento de conexão por parte deste ordenamento pode-se revelar inactiva e inoperante face a certo conceito-quadro por referência ao caso e àquele sistema mobilizável.¹⁵⁰

Destarte, acrescenta-se que não é pela subsistência de conflitos que se deve preferir o modelo de qualificação *lege fori*.¹⁵¹ Vários argumentos serão excogitáveis, quanto a nós, uma vez mais, é que o caso plurilocalizado é o *prius reflexivo* e não é ele que deve ser comprimido à custa das valorações de certo sistema, este é que, por sua vez, se deve adaptar àquele.

13. Eis que nos deparamos perante a necessidade de justificar o caminho percorrido. O problema da qualificação resume-se nuclearmente à consideração de dois pólos problemáticos: um pelo sentido e alcance da regra de conflitos especializada em concordância com um critério normativo de certo sistema jurídico estrangeiro e outro pelo problema jurídico concreto.¹⁵²

Núcleos problemáticos a que assistem uma diversidade de razões. Relativamente ao problema jurídico concreto a sua correspondência e interpelação pelo princípio da

¹⁵⁰ Não consideramos a segunda concepção referida porque simplesmente não vemos como tal modelo possa operar por si.

¹⁵¹ Apesar de que na generalidade dos sistemas conflituais efectivamente se adopta o modelo da qualificação *lege fori*, cfr. MOURA RAMOS, *Droit international privé vers la fin du vingtième siècle...*, cit., p. 192 e ss.

¹⁵² Em rigor, identicamente, à fórmula da qualificação, cfr. FERRER CORREIA, *O problema da qualificação...*, cit., p. 61, “ (...) cabe à *lex fori* (...) fornecer o critério da qualificação; quanto, porém, ao objecto da qualificação, esse há que busca-lo na *lex causae* (...). A orientação consagrada na lei portuguesa representa, assim, (...) uma superação da tradicional antinomia entre a qualificação *lege fori* e a qualificação *lege causae*.” Para uma síntese, sobre as posições quanto à qualificação, veja-se, MORRIS, *The conflict of laws...*, cit., p. 416 e ss.

Esclareça-se que a relevância do quadro normativo de sentido vai implicada na consideração do problema julgando como *prius reflexivo* e do reconhecimento da impraticabilidade do uso de um esquema silogístico-subsuntivo, já que aquele quadro normativo unitário de sentido perfaz um particular pelo qual, em referência ao problema julgando, poder-nos-emos socorrer da analogia. Nem é pelo facto de tomar o problema julgando como *prius* que nos remetemos à necessidade da qualificação *lege fori* da situação de facto, tal qual tradicionalmente concebida, porque para nós o que está em causa é a compreensão e recorte do mérito problemático do caso, ora pela sua localização – princípio da não-transactividade – ora pela sua relevância jurídica (ou partes da mesma), assim, não nos reconduzimos à infecunda discussão entre qualificação primária e qualificação secundária, como já sublinhamos anteriormente, apenas por um preciosismo ou uma qualquer burla de etiquetas é que, pensamos, aquilo que temos vindo a considerar, se pode sequer aproximar a uma perspectiva de uma abordagem da situação de facto pela *lex fori*. Pensamos, que a ser, assim, o que está em causa é a falência e incompreensão da trave-mestra da concepção do problema metodológico jurídico actual e a sua recondução aos quadros da perspectiva tradicional.

não-transactividade e os princípios visados pelo DIP, assim como a sua correspondência e interpelação de uma juridicidade que lhe é congénita face à realidade pré-objectivada em um ou mais sistemas jurídicos e, outrossim, os pertencentes ao próprio ordenamento do foro. Relativamente ao quadro normativo unitário de sentido considerado o seu correcto recorte leva-nos a considerar uma ponte comensurável entre um sistema de segundo grau e sistema de primeiro grau, tal como a relevância dos seus elementos constituintes sempre em ordem e para o problema jurídico.

Recortados os respectivos particulares assumimos que o único *modus operandi* para a sua mútua interpelação radica numa operação analógica cujo termo de comparação é o devente sentido de Direito. As razões de tal consideração devem-se macroscopicamente consideradas às próprias questões metodológicas gerais a que o DIP não pode responder subversivamente. Temos por fundamental na presente construção quer aqueles *noemas* considerados quer esta estrutura noética.

Do quadro normativo unitário de sentido explicita-se que o mesmo terá que responder ao objecto do DIP e à correlação entre normas de segundo grau e de primeiro grau. A uma ponte de passagem entre o ordenamento do foro e o ordenamento estrangeiro. A compreensão de que o critério normativo da *lex causae* subsiste, independentemente, do recorte pelo sistema conflitual do foro, no sentido em que pertence à tessitura de um sistema jurídico. Sendo o elemento de conexão a peça fundamental, o factor operativo que aproxima o foro do sistema mobilizável e permite quer a sua comparação quer a sua aproximação ao problema judicando.

Relativamente ao problema jurídico concreto plurilocalizado como *prius reflexivo*: a relevância da sua localização em correlação com o princípio da não-transactividade e a sua relevância jurídica, mesmo que se procedendo a uma fragmentação de questões jurídicas que não esbatem uma individualidade que terá sempre que ser tida em conta no juízo jurisdicional.

As particularidades da presente compreensão podem ser reconduzidas a um conjunto de asserções que temos como válidas para a compreensão do DIP. Em primeiro lugar, a diferença entre regra de conflitos primária e as regras de conflitos especializadas; em segundo lugar, o DIP como direito de reconhecimento; em terceiro, o DIP como direito de conexão. Isto porque, dir-se-á que a diferença entre a regra de

conflitos primária e as regras de conflitos especializadas reconduzem-se, para nós, à compreensão do recorte do mérito problemático do caso atenta à localização do mesmo e ao princípio da não-transactividade, de tal modo que aquelas regras apenas serão necessárias caso os vários ordenamentos considerados não concordem quanto à relevância de certa conexão e quanto à mobilização de certo sistema. Acresce que o DIP é direito de reconhecimento porque os critérios normativos mobilizáveis o são assim considerados na exacta medida em que o problema julgando põe / coloca, certa particular relevância do seu sentido enquanto problema jurídico a certo sistema. Ao DIP apenas é “pedido” que distribua, porque reconhece aquela interpelação entre o caso e um sistema, as respectivas competências. Ainda, o DIP procedendo a esse reconhecimento, sendo direito de conexão, valoriza a localização do problema julgando. Em última instância, como referimos, o elemento de conexão materializado em certa regra de conflitos especializada é a peça que permite uma unidade de sentido.

Por outro lado, não negamos uma autonomia entre sistema de segundo grau e sistema de primeiro grau, de tal modo que não consideramos as normas de DIP como partes integrantes ou anexas à hipótese de uma norma estrangeira. Só que reconhecendo tal autonomia não a vemos como uma proibição para que o julgador se socorra de uma construção de um quadro normativo unitário de sentido porque mesmo que se concebam várias etapas, *hoc sensu*, relativas à qualificação, em verdade, elas não se sucedem mas coexistem em mútua relação. De outro modo, se a qualificação é a correspondência entre um critério normativo face ao conceito-quadro e através de uma conexão, então, sucinta e conseqüentemente encontramos-nos perante uma unidade normativa de sentido.

O que aqui está em causa é a assunção problemática de uma condição de possibilidade de mobilização, em que a condição nos remete para a localização do problema julgando, em que a possibilidade nos remete para aquela unidade normativa que interpela o problema julgando e vice-versa e, por último, a mobilização pelo encontro de um critério normativo congénito à unidade normativa (mantendo a sua identidade no seio da tessitura do sistema a que pertence) referenciada para interpelar o problema julgando. Em suma, a correspondência entre aquela possibilidade de mobilização de um critério para que o Julgador encontre um fundamento para o seu Juízo que assimile a pergunta-problema do caso, perante a qual terá que, através de múltiplos referentes – ora os do foro ora os dos sistemas estrangeiros – reconduzir um

critério hipotético para proceder à sua verificação e falsificação. Nem de outro modo poderia ser, já que pela multiplicidade de factores que o DIP convoca e pela iminência do concurso entre critérios mobilizáveis, o Julgador terá que, a par do encontro desses critérios, testá-los e reconduzi-los aos seus fundamentos constituintes para, por sua vez, visando ora os princípios normativos do DIP ora os princípios daqueles concretos sistemas, solucionar prático-normativa e adequadamente aquele caso.

Eis que do percurso percorrido, pela óptica do juízo até então, apenas pudemos (*tentámos*) compreender a formulação de um quadro normativo unitário de sentido em correlação com o problema judicando, cujo sentido nos remete para a compreensão do próprio problema da qualificação. Da tríade, *interpretação do conceito-quadro – objecto de qualificação – correlação entre o objecto e aquela interpretação*, afirma-se uma unidade por referência ao problema judicando. De tal modo que se interpreta o conceito-quadro em correlação com ele; que ele se afirma enquanto objecto a qualificar com projecção na aproximação (semelhança e diferença) entre a regra de conflitos do foro e o critério mobilizável e a correlação que é o encontro dos vários candidatos possíveis de mobilização para o assimilar.

C. CONDIÇÕES DE PROBLEMATIZAÇÃO: A EXPERIMENTAÇÃO DE CRITÉRIOS MOBILIZÁVEIS NO DIP

14. Pela compreensão do recorte do mérito do caso plurilocalizado face a um quadro normativo unitário de sentido resultante da correlação entre o sistema da *lex causae* e certa regra de conflitos especializada do sistema conflitual do foro, o julgador terá que apurar, através de sucessivas aproximações, qual o critério que assimile aquele concreto caso. Durante este processo, que implica constantes avanços e recuos entre a operação da qualificação e a experimentação de critérios mobilizáveis, atomisticamente consideradas, impõem-se diversas dificuldades relacionadas ora com a problemática conflitual ora com a correlação e coordenação entre vários critérios mobilizáveis sempre em referência ao caso decidendo. Perante este enquadramento inúmeros expedientes do DIP seriam de considerar, de outro modo todos aqueles que implicassem uma alteração do quadro normativo unitário de sentido. *Hic et nunc*, interessam-nos aqueles que, ainda que tangentemente, possamos reconduzir ao problema da qualificação. Por meio desses mecanismos ora iremos proceder a um recorte, *rectius*, preterição das regras de conflitos do foro ora dos próprios critérios normativos pertencentes a certo sistema jurídico. Antes de uma análise crítica de cada um desses mecanismos, tentemos perceber se a experimentação nos quadros do DIP sofre algum entorse substancial em comparação à experimentação relativa a casos meramente internos.

Por ora, o que reflectimos criticamente tem de ir ao encontro daquelas estruturas fundamentais pelas quais entendemos a operação da qualificação. Deste modo, não olvidamos que, por vezes, haverá a necessidade de uma solução mais pragmática. Destarte, por uma autêntica razão de coerência esta solução terá que responder a um processo / método concatenado, o qual não deverá ser subvertido.

O DIP, analiticamente, responde em primeira instância ao caso, enquanto *prius reflexivo*. Face a este procede-se à operação da qualificação, através da referência a um

quadro normativo unitário de sentido, o que implica que qualquer experimentação a considerar terá que respeitar ora a prevalência daquele pólo ora a referência a este segundo pólo. Uma a assunção problemática de um quadro normativo unitário de sentido pelo qual teremos se procurará afirmar uma *possível harmonia* entre aqueles dois pólos de tensão.

Uma *condição de problematização* é referente ao sentido dos *noemas* a considerar no processo metódico do Julgador. Por referência de sentido entenda-se a compreensão quer das suas concretas especificidades quer da sua interação, mútua compreensão e correlação. Assim, se o caso procura no(s) critério(s) pré-objectivado(s) do sistema uma primeira referência de sentido, por outro lado este(s) apenas é (são) inteligível (inteligíveis) à luz daquele. Por *condição de problematização* entendemos que certo critério normativo é sucessivamente aproximado ao caso para se possibilitar a sua realização prático-normativa adequada, ou seja, para se chegar a um *critério judicativamente apurado* capaz de o absorver. De tal modo que, sucessivamente, àquele critério pré-objectivado acrescenta-se esta nova compreensão da realidade e, por conseguinte, certo sistema jurídico se desenvolve e se reelabora. Todavia, uma condição de problematização implica uma concreta especificidade problemática: a *aparição* de certo problema ao Julgador que exija uma sucessiva reconstrução daqueles *noemas*. Nos quadros do DIP, essa constante reconstrução é referente ora ao caso ora ao quadro normativo unitário de sentido. Em suma, uma condição de problematização não somente referente à coordenação de critérios normativos subjacentes a diversos sistemas considerados, mas também referente a uma aproximação de um deles para assimilar o caso.

Com efeito, no juízo jurisdicional atenta-se a uma reconstrução de um autêntico critério de possibilidade. Ora uma *possibilidade de segundo grau* radicada no problema conflitual em sentido estrito, *hoc sensu*, na própria operação da qualificação adequadamente compreendida. Ora numa *possibilidade de primeiro grau* referente aos concursos e contradições de critérios normativos. Assim, se se quiser uma possibilidade *formal* e uma possibilidade *material*, respectivamente. A reconstrução de um critério de possibilidade co-envolve uma crítico-reflexão constante por parte do Julgador face à operação da qualificação e ao critério normativo desvelado em referência ao caso e vice-versa.

O colocar do problema (da forma como certo problema concreto se apresenta ao julgador) e a conseqüente estrutura noética que nos permite chegar ao critério judicativamente apurado capaz de absorver / assimilar aquele primeiro, exige que durante a operação / raciocínio os campos de tensão estejam devidamente traçados para que não haja um “dissemelhança” que quebre a possibilidade quer da consideração daqueles *noemas* quer do próprio funcionamento daquela estrutura noética. Toda a engrenagem do método jurídico se desenvolve de acordo com esta tensão que a temos por inevitável. Por conseguinte, as condições de problematização consubstanciam-se em qualquer ponto de tensão que permita que o esquema metódico se desencadeie sem aparentemente haver peças por resolver. Esta é a condição da própria forma de compreensão do mérito do caso plurilocalizado concreto e dos sistemas mobilizáveis. Logo, de uma condição de problematização ou daquele autêntico critério de possibilidade exige-se que sejam assumidas de um modo englobante para que o juízo do julgador se encontre devidamente fundado nos pressupostos, que em verdade lhe são congénitos, radicados naquelas duas condições e fundamentado pelos princípios referentes a uma unidade de sentido materializada no caso do DIP no sistema da *lex causae* pelo mediador radicado no sistema conflitual do foro.

Aproveitamos o ensejo para esclarecer que não procuramos uma sobrevalorização deste critério de possibilidade ou das duas condições referidas em detrimento do regular decurso do esquema metódico porque aqueles incidentes vão imbricados nestes. O problema pressuposto do esquema metódico é-lhe inteiramente significativo numa relação incidível de nexos face às suas operações constituintes o que implica que aquele pressuposto conflitual não se apresente como permissivo ou proibitivo de uma mobilização de um critério normativo. A relação dos incidentes face ao esquema metódico não assenta numa qualquer *lógica binária* entre permissão e proibição e isto não só pela não precedência entre o momento conflitual (as normas de segundo grau) face a um momento material (as normas materiais de diversos sistemas), mas também pela unidade dos momentos referidos. De tal modo que quando nos referimos a uma percepção satisfatória ou insatisfatória e o conseqüente raciocínio do Julgador não estamos perante um qualquer jogo de “*sinais de avanço e recuo*”, mas sim perante um autêntico campo de tensões entre o *problema* e o *sistema*.

A efectividade dada à mobilização de critérios normativos do sistema de segundo grau e do sistema de primeiro grau radica numa auto-limitação destes por referência ao problema plurilocalizado. Um critério normativo é balizado face a outros critérios co-existentes na teia jurídica se responder e tiver em conta a medida fornecida pelo critério problemático do foro e a referência englobante ao caso decidendo.

Dir-se-á que o *critério de possibilidade* é resultante de todo e qualquer incidente discursivo que ponha em causa a forma como o problema nos é descrito e colocado pelo seu directo observador numa relação de compreensão através das variáveis constituintes do mesmo que lhe são inteligíveis e cognoscíveis através de uma referência de sentido que poderá levar o seu directo observador a constatar: α) uma situação aporética, já que não há dados suficientes para o tratamento daquele problema; β) ou uma situação em que ele é perceptível satisfatoriamente¹⁵³, o que permite através de um procedimento de verificação e falsificação uma *solução provisória – hipotética*, por seu turno, uma *solução provisória - adequada* referente a uma série de casos por semelhança àquele concreto problema e uma *solução - assimilação*¹⁵⁴ referente unicamente àquele concreto problema¹⁵⁵.

¹⁵³ Pela “ (...) imperiosa verificação dos pressupostos viabilizadores da posição de qualquer problema (os referentes de sentido pertinentemente intencionáveis e comprovadamente incumpridos numa situação concretamente experienciada (...))”, cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Pj→Jd. A equação...*, cit., p. 347.

¹⁵⁴ Assimilação por concretização, por adaptação e / ou por correcção, cfr. *Ibidem*, p. 376; CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 176 e ss.

¹⁵⁵ “ (...) é por sucessivos afinamentos recíprocos dos pólos que logo à partida se não contra-põem dualizadamente porque se com-põem articuladamente – o interpelante problema judicando e a interpelada juridicidade fundamento – que se vão recortando os mencionados *relata*, até ambos coincidirem no problema judicativamente solucionado (...)”, cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *ibidem*, p. 362 e 363. Relativamente aos vários momentos “ (...) expositivo-didacticamente cindíveis mas prático-materialmente imbricados (...)”, cfr. *ibidem*, p. 372 e ss., cujos resultados referimos *supra* no texto, mormente a analogia de objectivação tematizante e de qualificação especificante; a analogia de comprovação problematizante; a analogia de disquisição explicitante e a analogia de fundamentação ajuizante. Depreende-se, pelo que foi dito e analiticamente, que reconduzimos o problema da qualificação à primeira daquelas analogias e o problema da experimentação de critérios mobilizáveis às duas últimas referidas. Compreendendo o problema do DIP por entre incidentes e condições, atente-se que o terceiro momento referido, a analogia de comprovação problematizante, será um momento essencial do juízo jurisdicional como “ (...) factor objectivo de *controle* (...)” relativo à comprovação pelo “ (...) terceiro imparcial institucionalmente encarregado de solucionar o litígio (...)” do “ (...) *contrôle subjectivo* cometido à contraparte no processo (...)”, cfr. *idem*, *Lições...*, cit., p. 972, o que nos reconduz ao reconhecimento da importância dos momentos “processuais” nos quadros do DIP para a comprovação dos sistemas e dos próprios critérios problemáticos do foro mobilizáveis. Como tal, também aqui se afecta o título de mobilização, desta feita, *aparente*, trazido pelas partes do processo, estabelecendo-se um “mecanismo” de comprovação da condição de possibilidade de mobilização daqueles critérios. As normas “processuais / procedimentais” co-envolvem uma reconstrução do “regular” decurso do esquema

Nos idos do DIP, a inteligibilidade e a cognoscibilidade do problema dependem em primeira instância do caso enquanto problema juridicamente relevante. A constatação de uma situação aporética reside na sua irrelevância jurídica. A sua percepção satisfatória, digamo-lo assim, será correlativa da atomisticamente considerada operação da qualificação. Aquele procedimento de verificação e falsificação radicar-se-á na possibilidade de concursos e contradições de critérios normativos ou de uma adaptação dos mesmos por referência ao caso ou simplesmente pela aproximação sucessiva de um deles face a este. A adequação de uma solução para um problema depende da própria percepção do mesmo, do modo de colocar esse problema, o que não se desenvolve ou acontece unicamente numa fase inicial, mas sim durante todo o processo do juízo jurisdicional, de onde se retira a constante interacção entre as diversas analogias que vão imbricadas naquele processo e que são correlativas e mutuamente referentes.

Reconhecendo um critério de possibilidade englobante, o mesmo é referente ora à condição de possibilidade de mobilização ora à condição de problematização¹⁵⁶. Um critério de possibilidade que é correlativo entre as normas de segundo grau e de primeiro grau. No fundo, condições de possibilidade de compreensão de certo objecto em que nos permita distinguir uma compreensão adequada ou inadequada do mesmo por referência ao recorte do mérito problemático do caso / do problema que nos interpela.

No que toca à coordenação de critérios normativos atente-se que nem sempre será uma realidade a considerar, excepto quando o julgador estiver perante concursos de critérios normativos mobilizáveis e / ou perante a necessidade de adaptação dos

metódico, estabelecendo, naquele sentido de comprovação, o reconhecimento da validade da condição de mobilização de certo critério-resposta – exemplarmente a averiguação do direito estrangeiro e a impossibilidade de determinar os elementos que aquele dependa para a sua efectiva mobilização, por todos, veja-se BUREAU e WATT, *Droit International Privé...*, cit., p. 381 e ss., referindo incidentes processuais e incidentes substantivos -, por ora, apenas temos vindo a considerar uma “*situação ideal de comunicação*” das partes envolvidas em certo litígio.

¹⁵⁶ Rigorosamente, estamos perante uma *condição de possibilidade de problematização*. Porém com um sentido eminentemente preciso: é que por *condição de problematização* entendemos que um critério é mobilizado e que, analiticamente, resta a sua aproximação ao caso concreto, de outro modo a afirmação de um critério adequado e, por fim, de um critério judicativamente apurado; por *condição de possibilidade de problematização* num sentido próprio de constatação de antinomias normativas que dificultam o Julgador no encontro daquele *critério hipotético* mobilizável. No fundo, o ênfase dado, uma vez mais, à questão da possibilidade, desta feita, não ao título da mobilização, mas sim à coordenação entre os vários critérios desvelados.

mesmos. O que não significa que a experimentação, isto é as condições de problematização deixem de se desvelar no esquema metódico. Aquelas, outrossim, são referentes ao encontro de uma única norma mobilizável para ser aproximada hipotética, adequada e judicativamente ao concreto caso.

Por conseguinte, subseqüentemente atenderemos às antinomias normativas nos quadros do DIP. Em primeira instância, especificamente, os concursos e contradições entre critérios mobilizáveis porque reconduzíveis a um *critério hipotético* onde se critica reflexivamente a própria capacidade de mobilização do mesmo; em segundo lugar, o mecanismo da adaptação onde se esbate / dilui a destriça entre um *critério adequado* para o caso e o *critério judicativamente apurado*; por último, uma breve referência a características do problema plurilocalizado a que correspondem uma crítica àquela capacidade e à efectiva mobilização de um critério e que alteram o sentido do problema conflitual. O que se traduz no *fecho de abóbada* do processo circular que fomos dando ênfase desde o início. Aquilo que continuamos a procurar a reflectir são as modificações implícitas ao *quadro normativo unitário de sentido* em referência ao *prius reflexivo e condicionante* do DIP e correlativa e incindivelmente modificações na própria estrutura da operação da qualificação.

15. O problema da qualificação nos quadros do DIP teve a sua génese¹⁵⁷ na constatação da possibilidade de discordância entre os vários sistemas mobilizáveis e as suas correspondentes valorações. Adequadamente compreendida aquela discordância recortava-se, afinal, os comumente designados “*conflitos de qualificação*”. A ligação entre os dois problemas, mais que mera terminologia, residia na constatação de que a qualificação só seria problemática perante um “conflito” e, como tal, a resposta a dar àquela operação seria um primeiro passo para tentar solucionar este último. Esta asserção apresenta-se como inteiramente válida. De facto a perspectiva que se adopte do método de qualificação altera o sentido a dar aos próprios conflitos de qualificação.

¹⁵⁷ Entre outros, BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 103 e ss.; LOUSSOUARN e BOUREL, *Droit International Privé...*, cit., p. 193 a 195; RIGAUX e FALLON, *Droit International Privé...*, cit., p. 282 a 285.

Rigorosamente, os “*conflitos de qualificação*” surgem pela necessidade de coordenar critérios normativos mobilizáveis, cuja capacidade de mobilização vai implicitamente questionada relativamente ao caso e ao critério problemático do foro. Em sentido amplo, os conflitos apresentam-se como uma das possíveis *antinomias normativas* que o Julgador poderá encontrar pela necessidade de coordenação daqueles critérios. A par dos conflitos de qualificação há que considerar as hipóteses de concursos de critérios mobilizáveis onde, identicamente, se questiona aquela capacidade de mobilização por referência ao caso decidendo.

Impõem-se duas observações prévias sobre o presente problema das antinomias normativas: (α) uma relativa à concepção e compreensão do *Sistema Jurídico*¹⁵⁸ e (β) outra correlativa à capacidade de mobilização.

α) Ao longo do presente estudo fomos referindo que o *Sistema Jurídico* era um sistema aberto em constante reelaboração e reconstituição face à mundividência histórica vertida nos concretos casos jurídicos e, também, ao próprio projecto axiológico-normativo subjacente a certa *communitas*.¹⁵⁹

O reconhecimento desta historicidade assume importância capital, já que lhe vai implicado que certo *Sistema Jurídico* se compreenda à luz daqueles concretos casos, daí que este se conceba como um organismo vivo em que a sua unidade não é formal, mas sim material. Como tal, mais do que a assunção de um sistema de coerência-formal (e até material) apriorística, a constatação dessa coerência num sentido material e

¹⁵⁸ Da vasta biblioteca relativa às concepções de unidade do sistema jurídico, sendo este um ponto nevrálgico da reflexão em torno do Direito, entre outros, veja-se: BAPTISTA MACHADO, «*Prefácio à versão portuguesa da obra de Karl ENGISCH: Introdução ao Pensamento Jurídico*» in *Obra Dispersa*, vol. I, SCIENTIA IVRIDICA, Braga, 1991; CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, introdução e trad. Menezes cordeiro, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989; Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, São Paulo, 1999; LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamego, 5.^a Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2009; NIKLAS LHUMAN, *L'unité du système juridique*, trad. Jacques Dagory in *Le système juridique*, Archives de Philosophie du Droit, tome 31, Paris, 1986; e sobretudo, relativamente à concepção vertida no presente estudo, CASTANHEIRA NEVES, «*A unidade do Sistema Jurídico: o seu problema e o seu sentido*» in *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 2.º, Coimbra, 1995, p. 155 e ss.; FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições...*, cit., p. 607 e ss..

¹⁵⁹ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, «*O papel do jurista no nosso tempo*» in *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 1, Coimbra, 1995, p. 47.

aposteriorístico à assimilação dos concretos casos jurídicos.¹⁶⁰ Não está em causa uma unidade conceitual nem uma unidade de lógica formal (unidade-axioma¹⁶¹), mas sim uma unidade axiológico-normativa que predica uma possibilidade material, crítica e de sentido do próprio sistema.¹⁶²

A forma como se concebe ou se compreende o *Sistema Jurídico* implica, por corolário, certa forma de conceber e compreender o problema das *antinomias normativas*¹⁶³, mormente por entre um prisma abstracto ou por um prisma concreto, por

¹⁶⁰ No texto apenas nos referimos e de maneira extremamente sintética à unidade do sistema jurídico por uma identidade formal e de conceitualização abstracta em contraste à uma unidade radicada nas opções axiológicas e princípios normativos, isto é uma unidade de intencionalidade normativo-material, porém, também, é concebível essa unidade por uma fundamentação formal ou por uma constituição estrutural, cfr. CASTANHEIRA NEVES, *A unidade do sistema jurídico...*, cit., p. 155 e ss. Claro está que reconhecemos que o presente enquadramento rigorosamente se apresenta incompleto, basta pensar nas diferenças entre aquela unidade de identidade formal e de conceitualização abstracta com as derivações de uma unidade por redução a um único fundamento, cfr. KELSEN, *Teoria Pura...*, cit., p. 135 e ss.. Ou até ampliando e reconhecendo o fundamental a recondução daquela unidade por uma condição estrutural igualmente à identidade formal – através da perspectiva “*luhmanniana*”, cfr. AROSO LINHARES, *O sistema jurídico como “um fim em si mesmo”...*, cit.; CASTANHEIRA NEVES, *A unidade do sistema jurídico...*, cit., p. 162 e ss.; *idem*, *Teoria do Direito - apontamentos complementares...*, cit., p. 25; *idem*, *O Funcionalismo Jurídico...*, cit., p. 199 a 318; NIKLAS LHUMAN, *L’unité du système juridique...*, cit., p. 163 e ss.. Por outro lado, mesmo de acordo com uma unidade material nem sempre significará que se perspetive o sistema *a posteriori*, podendo continuar a ser considerada *a priori* numa unidade de fundamentação material, cfr. CANARIS, *Pensamento Sistemático...*, cit., p. 67 e ss. Justificamos somente a assunção, no texto e nas considerações precedentes, desta cisão entre unidade formal e unidade material em sentido amplo. Rigorosamente omitimos conscientemente as diferenças (algumas delas radicais) entre as construções mencionadas por uma razão primordial: é que unicamente procuramos chegar ao ponto nevrálgico da questão das antinomias, especificamente o esboço de uma solução que terá que ser igualmente por um critério de índole concreta, portanto, material, de tal modo que a presente referência procura delimitar a origem dos critérios formais comumente trazidos à colação para a solução das antinomias normativas.

¹⁶¹ ENGISCH *apud* CASTANHEIRA NEVES, *A unidade do sistema jurídico...*, cit., p. 156, perspectiva que “ (...) não se adequa às exigências do pensamento jurídico, pois se atende à sistematicidade (que todavia, absolutiza...), inconsidera, de todo, a problematização (que reduz a um exercício apofanticamente dominável...)”, cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições...*, cit. p. 613, daí que “ (...) a unidade não seja algo de que pura e simplesmente se parta ou se pré-defina como um axioma, mas algo que se postula como intenção e que em grande medida se procurará chegar, constituindo-a.”, cfr. CASTANHEIRA NEVES, *A unidade do sistema...*, cit., p. 170.

¹⁶² A unidade do sistema jurídico “ (...) traduz afinal o congruente esforço da realização histórica de uma consciência jurídica em que uma outra totalização, agora ao nível dos princípios, tem o seu núcleo naquela ontológico-transcendental axiologia humana que constitui com o sentido e sob uma exigência de validade o nosso encontro, a nossa convivência comunitária. (...) O sistema jurídico (...) não tem a sua unidade numa coerência conceitual, não a tem também numa norma que institua uma lógica de poder, não a tem ainda numa coordenação social cibernética operatória (...). Na verdade, que mais banal do que afirmar não ser a lógica, nem a mecânica e sim a axiologia humana o *constituens* da ordem do direito”, cfr. CASTANHEIRA NEVES, «*O Instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*» in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3550 e ss., ano 108.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1973 a 1982, p. 180.

¹⁶³ Cfr. LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado, vol. I...*, cit., p. 419 por referência ao mecanismo de adaptação que abrange “ (...) problemas de conjugação de estatutos que têm de ser resolvidos à luz da ideia de unidade do sistema jurídico.”.

entre critérios formais ou por entre critérios materiais de solução¹⁶⁴. As antinomias normativas e a sua compreensão possuem um nexu incidível à compreensão e concepção do sistema, não fosse este último dinâmico e nesta característica reside afinal a génese das antinomias normativas¹⁶⁵. Todavia, perante uma longa tradição histórica em que se densificaram certo género de soluções denota-se certa resiliência em abandonar mesmo que tal signifique a desconsideração daquele nexu entre a compreensão das antinomias e a compreensão do sistema jurídico. A questão em si é extremamente delicada, muito por culpa da postulação de uma unidade apriorística, formal ou material, ao invés de uma unidade *axiológico-normativa*¹⁶⁶, muito por culpa da assunção que a unidade e coerência de um sistema definida *a priori*¹⁶⁷, independentemente da mundividência dos casos e da sua historicidade¹⁶⁸, é garantia de uma qualquer “certeza” na mobilização, *hoc sensu*, lógica das suas normas, que abstractamente e à partida não apresentariam hiatos e seriam compatíveis, de tal modo que à realidade apenas caberia encontrar a norma à qual se subsumisse. Aliás, mesmo que abstractamente o sistema apresentasse incompatibilidades ou antinomias entre princípios ou normas, as mesmas seriam resolvidas unicamente naquele âmbito, numa índole abstracta.

¹⁶⁴ Até porque as antinomias normativas apenas eram tidas no plano normativo abstracto e era nesse nível que teria de ser resolvido, porém não se pode reduzir o problema neste sentido porque “ (...) a unidade – univocidade abstracta não assegura, só por si, a unidade jurídica concreta (e a praticamente eficaz, dada justamente (...) a inegável e metodologicamente irredutível autonomia mediadora da realização concreta do direito”, cfr. CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos “assentos”...*, cit., p. 211.

¹⁶⁵ Cfr. ENGISCH *apud* CASTANHEIRA NEVES, *ibidem*, de tal forma que “ (...) ignorar isto tudo numa definição abstracta ou pré-determinada ou formalmente prescrita da unidade jurídica é, pois, não compreender a índole autenticado direito e as tarefas próprias do pensamento jurídico”, *ibidem*.

¹⁶⁶ Só assim se garante “ (...) um diálogo entre a intenção axiológico-normativa e a histórica realidade social (...) ”, o que se traduz na afirmação do sentido de uma validade normativa que se verte na consciência jurídico-social de uma *communitas*, como tal a axiologia “ (...) com uma densidade e uma universalidade (...) que nela se nos revel[a] o ontológico fundamentante de toda a validade e de toda a integração, o decisivo instituinte da ordem de direito e o radical constituinte da sua unidade sistemática.”, cfr. CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos “assentos”...*, cit., p. 179.

¹⁶⁷ Na presente perspectiva, um sistema e os seus critérios constituintes, sem bem que eles se encontram pré-objectivados, releva a sua totalidade normativa de acordo com a experiência normativo-problemática dos casos concretos e, como tal, apresenta-se como um sistema obtido *a posteriori* e sempre em reelaboração, perfilhando-se como “ (...) um *topos* superador da dialéctica “ordem”/ “problema” – dois pólos categoriais da juridicidade.”, cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições...*, cit., p. 610.

¹⁶⁸ Atente-se que “ (...) haverá de se ter presente que a historicidade e o dinamismo da vida jurídico-social apenas confere sentido decisivo a um esforço redutor de antinomias que opere no histórico-concreto ou esteja aberto à experiência historicamente concreta em que verdadeiramente eles se revelam e as vise superar, histórico-reconstitutivoamente, a partir daí.”, CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos “assentos”...*, cit., p. 211.

Nos visos do DIP¹⁶⁹ a particularidade de estarmos perante pelo menos dois sistemas não sofre entorses face a esta concepção de unidade do sistema jurídico, não fosse, em primeiro lugar, a constante afirmação de um quadro normativo unitário de sentido e, em segundo lugar, que a unidade e coordenação dos vários sistemas pressupõe o respeito pelo *projecto axiológico normativo* subjacente a cada um desses sistemas (ora o respeito do sistema do foro pelas valorações do sistema estrangeiro mobilizável ora o respeito das valorações daquele por este).

A afirmação de uma unidade normativa de sentido no DIP pressupõe a reelaboração e reconstrução dos dois sistemas envolvidos, o do foro e o estrangeiro independentemente de ali “*apenas*” estar em causa um estrato de segundo grau, o sistema conflitual porque este igualmente apenas é compreendido à luz do caso e, como tal, por uma referência material que o irá reelaborar e reconstruir. Pense-se, a título de exemplo, nos elementos valorativos da regra de conflitos, como é o caso da escolha / preferência de certa conexão, esta (a escolha) também se reelabora consoante a assimilação dos concretos casos¹⁷⁰. De certo modo, a coerência e a unidade em DIP não implica a reconstrução apenas do *sistema da lex causae* (porque, afinal é ele um dos pólos da dialéctica com o problema), mas também do sistema conflitual do foro e, com isto *afirmamos com algumas hesitações* que se supera a prevalência da coerência do sistema do foro em detrimento do princípio da paridade de tratamento entre o foro e um sistema estrangeiro, já que é esta, a paridade, que devemos atender e só por ela se poderá afirmar aquela coerência que não deve implicar em caso de conflitos entre o foro e um sistema estrangeiro a prevalência do critério problemático do foro enquanto critério formal de solução desses conflitos.¹⁷¹

¹⁶⁹ Para uma análise do princípio da coerência face às concepções de unidade do sistema jurídico e das suas consequências nos visos do DIP veja-se HELENA BRITO, *A representação...*, cit., p. 611 e ss. e especialmente 624 e ss.

¹⁷⁰ Aliás, atente-se que a escolha de conexão ajuda-nos a compreender as valorações jurídicas dos sistemas em presença / em contacto com o problema judicando, ou seja, não só as pertencentes ao sistema conflitual do foro, mas também ao sistema mobilizável da *lex causae* pela compreensão do seu sistema conflitual, cfr. HELENA MOTA, *Os efeitos patrimoniais...*, cit., p. 371. Uma vez mais, reconduzimos a presente ideia à valorização da conexão (do elemento de conexão) como a peça fundamental do DIP enquanto factor operativo da medida de mobilização.

¹⁷¹ Propugnando-se a primazia da coerência do sistema do foro, não só material, mas considerado de forma englobante veja-se HELENA BRITO, *A representação...*, cit., p. 692. Formulando uma directiva geral que deverá ter precedência face a outros critérios formais de resolução das antinomias normativas: “ (...) no caso de conflito entre normas de conflitos, se uma dessas normas de conflitos conduzir à aplicação de um direito estrangeiro e a outra conduzir à aplicação do direito material do foro, deve

Por ora, o ponto nevrálgico da presente questão reside no reconhecimento de uma unidade axiológico normativa do sistema e que as antinomias deverão procurar a sua solução num *prisma unicamente concreto – material* e, por último, que no DIP a reconstrução dos sistemas envolvidos, também, só nesse *prisma concreto – material* vêm a afirmação de uma coerência e unidade.

prevalecer esta última; se ambas as normas de conflitos conduzirem à aplicação de direitos estrangeiros, deve prevalecer aquela que designa a ordem jurídica em que a caracterização das normas materiais aplicáveis mais se aproxime da caracterização resultante do direito material do foro.” De tal forma que apesar de não se prejudicar em si o princípio da paridade, segundo a A., tal ideia radica já na forma como se desdobra a operação da qualificação nas suas diversas etapas, cfr. *ibidem*, p. 693.

Se bem vemos, não perfilhamos que à partida, enquanto directiva geral, se opte pela mobilização da lei do foro em todos os casos que se suscitem problemas de possíveis antinomias normativas que ponham em causa a coerência dos sistemas jurídicos visados pelo problema judicando. Afirmado um quadro normativo unitário de sentido entre o foro e a *lex causae*, enquadrando-se a qualificação enquanto uma operação unitária com directas implicações na própria experimentação de critérios e assumindo-se a necessária e progressiva reconstrução dos dois ou mais sistemas jurídicos em causa, à partida deverá propugnar-se o princípio de paridade de tratamento dos vários sistemas em causa independentemente das possíveis consequências relativamente àquela coerência interna do foro (do seu sistema conflitual e do seu sistema material). A problemática das antinomias normativas deverá procurar a sua solução perante uma índole concreta material, ao que acresce que constatada uma antinomia e constatada a necessidade de coordenar e ajustar os vários critérios mobilizáveis por uma quebra no quadro normativo unitário de sentido obrigatoriamente as valorações e os dois sistemas serão postos em causa, já que os vemos numa unidade de sentido. Frise-se que os sistemas são postos em causa, mas com vista à sua reconstrução e reelaboração independentemente dos sistemas abstractamente considerados que à partida foram mobilizados. Retomando-se aquela ideia que parte-se de um sistema e com a assimilação de um caso concreto chega-se a outro sistema.

No que toca à coerência do sistema conflitual do foro, pensamos que esta só estará em causa aquando de uma inoperante escolha / preferência de conexão. Em traços gerais, o sistema conflitual do foro só estará em “crise” aquando do problema da coordenação, porque abstractamente as soluções prescritas e fundamentadas nos princípios constituintes do sistema não desvelam qualquer problema relativo à atribuição e escolha de uma conexão. Contudo, isto será uma evidência. Daí que se tenha que distinguir os dois planos: o da conexão e o da coordenação. No plano da coordenação e caso seja necessário preterir-se uma das regras de conflitos, isto por si só não será prejudicial ao sistema conflitual do foro, tal a acontecer deve-se a uma implicação congénita ao problema judicando por um prisma material e concreto com rarefacções no sistema conflitual, ao que acresce que os riscos de “incoerência” daquele estrato de segundo grau não podem subverter o papel que aquele sistema tem no processo conflitual: um mediador. A problemática do DIP, como afirmámos, reside na aproximação entre um problema e o sistema da *lex causae*, o sistema efectivamente mobilizável. Logo, é nele que teremos que concentrar a nossa atenção. Por outro lado, aproveitamos o ensejo para afirmar que aquele prisma material concreto também poderá reconhecer certa “primazia” ao foro e com implicações quer no sistema conflitual quer no seu sistema material. Pensamos nos casos de ordem pública internacional, aí sim, a relevância e coerência do foro assume preponderância face à mobilização e à paridade de tratamento (aliás, tal é referenciado pela A., cfr. *ibidem*, nota 359, p. 694). O enquadramento da presente problemática é inevitavelmente associado às próprias concepções que se tenha do DIP. Para nós, porque apenas o conseguimos entender da forma como o temos vindo a considerar, mesmo que erroneamente, não conseguimos propugnar uma directiva geral de preterição de um sistema estrangeiro. O ponto nevrálgico, na nossa perspectiva, é que o que está verdadeiramente em causa no DIP é aquela correlação entre o problema judicando e o sistema estrangeiro mobilizável. O sistema do foro é mero mediador que, é certo, resolve o seu problema por si, mas tem que ser compreendido em unidade de sentido com o sistema mobilizável por referência ao caso. Todavia, mesmo aqui ainda é *somente* um mediador da efectiva mobilização.

β) Das antinomias normativas em referência à capacidade de mobilização de certos critérios normativos tenha-se em conta a *ponte incomensurável* entre os vários momentos do juízo jurisdicional, que vão imbricados uns nos outros, isto porque a referência do e pelo caso pressupõe a descoberta de um critério hipoteticamente mobilizável, o “*único*” capaz numa primeira aproximação se sujeitar à verificação e falsificação próprias da experimentação, logo *apelando a uma unidade do juízo* nem nos deveríamos referir àquelas antinomias. É que, e tenha-se em conta as considerações precedentes, rigorosamente recortado este problema é referente sobretudo a uma concepção do sistema como normativamente fechado ou de identidade formal ou até de uma unidade material pré-definida, porque e esta é a nota capital relativa à capacidade de mobilização, não se pressupõe, pensamos, num sistema aposteriorístico a verificação em si de antinomias, já que aquando do recorte do mérito do caso os critérios normativos desvelados são, *num sentido estrito da expressão*, verdadeiramente mobilizáveis para essa experimentação. De outro modo, o prisma da análise não é abstracto, mas concreto e correlativamente a uma unidade imbricada no juízo jurisdicional a mobilização e aproximação de um sistema ao caso *pressupõe concretamente* a resolução dessas antinomias (concursos e contradições). Unicamente por um prisma concreto reflectimos a questão das antinomias normativas e, verdadeiramente, só por esse prisma é que elas relevam enquanto um entrave atomisticamente considerado ao juízo jurisdicional. Quando afirmamos que o Julgador encontra o critério verdadeiramente mobilizável, queremos dizer exactamente que num sentido unitário as antinomias vão resolvidas aquando do encontro desse critério. Daí a necessidade de uma visão analítica e autenticamente desconstrutivista do juízo por duas razões: para dialogarmos com as perspectivas comumente relacionadas com os conflitos e concursos de normas em DIP e para compreendermos o alcance da operação da qualificação em referência ao caso e por referência a construção problemática do quadro normativo unitário de sentido.

Isto posto, o Julgador estará perante antinomias normativas¹⁷² aquando de (α) um concurso de mobilização cumulativa, (β) um concurso de mobilização

¹⁷² Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos “assentos”...*, cit., p. 197, relativamente às antinomias em geral, lapidarmente: “Estamos perante uma antinomia jurídica quando duas (ou mais)

alternativa, (γ) um concurso de mobilização cumulativa sucessiva e (δ) um concurso de não mobilização (vácuo)¹⁷³, por um lado; ainda, aquando de (ϵ) uma contradição na mobilização por referência ao critério problemático do foro, na perspectiva de um quadro normativo unitário de sentido, e por referência, sempre ela, ao caso¹⁷⁴.

Explicitemos as antinomias referidas: em (α) perante o quadro normativo unitário de sentido que implica a assunção de duas regras de conflitos que indicam dois critérios de dois sistemas jurídicos face ao recurso ao desdobramento (*artificial*) do caso decidendo, vemos que cada um desses critérios seria mobilizável não só para a parte da relevância jurídica que lhes foi adjudicada, mas também para a restante parte que foi adjudicada a outro critério, de outro modo cada um dos critérios normativos mobilizados como que *duplicamente* fundamentam a possível solução do caso; em (β) os dois critérios indicados não podem ser cumulados, mas se se preterir um o outro estará apto a assimilar o problema julgando na sua totalidade / individualidade¹⁷⁵; em (γ) não estamos perante um concurso propriamente dito, mas sim de uma exigência de não mobilização simultânea de dois critérios pois são referentes a partes da relevância jurídica que se pressupõem mutuamente, ou seja, que são conseqüentes uma da outra; em (δ) estamos perante uma impossibilidade crónica de coordenação porque os critérios se excluem mutuamente, assistindo-se a uma quebra no quadro normativo unitário de sentido; por último, em (ϵ) estamos perante uma não concordância / não correspondência entre o critério problemático do foro e o critério normativo mobilizável

intenções normativas ou critérios jurídicos conflituam, sejam em termos de incompatibilidades, seja em termos de contradição, na solução de um certo tipo de problema ou de um caso jurídico concreto”.

¹⁷³ Relativamente a concursos de cumulação e os de não mobilização (ou vácuo), veja-se, BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 138 e *Âmbito...*, cit., p. 214 e ss.

¹⁷⁴ Abrangendo os casos que comumente se designam por conflitos de qualificações, assim, FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., p. 324 e ss.; *idem*, *Direito internacional Privado...*, cit., p. 168; BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 130 e ss.; MARQUES DOS SANTOS, «*Breves considerações sobre a adaptação em Direito Internacional Privado*», Faculdade de Direito Lisboa, 1988, (separata dos Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha, Lisboa, Faculdade de Direito, 1989), p. 32 e ss.; MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação...*, cit., p. 261 e ss. e, também, MACHADO VILELA, *Tratado elementar...*, cit., p. 507 e ss.

¹⁷⁵ A diferença entre os casos de mobilização cumulativa e mobilização alternativa reside sobretudo num detalhe: nos primeiros não é possível escolher um dos critérios mobilizáveis, já que a relevância adjudicada é apenas uma parte do caso decidendo e corre-se o risco de questionar ou confrontar outro título válido de mobilização (capacidade de mobilização) de outro sistema normativo, aqui nos casos de mobilização alternativa o que sucede é que a preterição de um dos sistemas é possível sem questionar aquele título válido porque está na disposição das partes.

que poderá acontecer ou por uma inoperante escolha da conexão por parte do foro¹⁷⁶ ou por não ser possível reconduzir aquele critério a certa regra de conflitos que procura adjudicá-lo a certa relevância jurídica, uma incompatibilidade apesar da força de extensão lógica do próprio conceito-quadro.

O que está em causa nas antinomias normativas são possíveis quebras no quadro normativo unitário de sentido e conseqüentemente um aparente obstáculo que impede o Julgador de encontrar um critério hipotético para aproximar ao caso decidendo, isto pelo contraste entre o critério problemático do foro e um sistema estrangeiro. Questionando-se, uma vez mais, a capacidade de mobilização de uma norma, não porque o caso não recorte pela sua localização quais os sistemas onde se coloca enquanto problema, mas simplesmente porque o critério problemático do foro, afinal, não consegue ser nem factor operativo nem medida de uma norma mobilizável, não dando resposta quer ao problema da conexão, quer, por corolário lógico, ao problema da coordenação. Logo, se por um lado, as antinomias são relativas às condições de problematização, por outro, ali estão elas em todo o seu significado e relevância a questionar o julgador durante a operação da qualificação. Um exercício híbrido entre condições inteiramente referente aos dois pólos de tensão do DIP.

16. Através do enquadramento do problema das antinomias normativas estamos em condições de compreender as próprias soluções avançadas para este género de casos. Em síntese, propõe-se uma prévia hierarquização das “qualificações conflituantes” em que prevaleceria a qualificação substância / capacidade face à qualificação forma, a qualificação real face à qualificação pessoal e, por outro lado, entre a qualificação inerente a um regime matrimonial e um regime sucessório a sua mobilização sucessiva¹⁷⁷. Todavia, tais critérios, *hoc sensu*, formais¹⁷⁸ seriam apenas

¹⁷⁶ Neste género de casos releva a possibilidade do julgador alterar o elemento de conexão à luz do princípio da maior proximidade e, caso esteja consagrada, à luz de uma cláusula geral de desvio face à conexão prescrita, isto porque quando a antinomia se desvela por uma falha na escolha de conexão por entre as conexões excogitáveis por referência ao caso vemos que “ (...) a solução prevista pelo legislador não faz uma correcta aplicação do princípio da localização (...) ”, logo “ (...) não se justifica persistir então na sua utilização havendo antes que o abandonar (...) ”, sendo “ (...) esta a justificação (...) das chamadas cláusulas de excepção (...) ”, cfr. MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, cit., p. 381 e 568.

¹⁷⁷ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 135 e ss.; FERRER CORREIA, *Considerações sobre o método...*, cit., p. 309 e ss.; MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação...*, cit., p. 287 e ss., entre outros.

uma mera directiva para o Julgador¹⁷⁹, uma mera aproximação à efectiva solução destes casos, de tal modo que quando se diz que se deve atender aos resultados que o critério problemático do foro nos pode levar tal deve-se à referência do e pelo caso. Estes critérios, porém, escondem o “essencial”: a necessidade de uma solução das antinomias normativas unicamente por uma índole concreta-material¹⁸⁰, porquanto nem aquela hierarquização ocorrerá sempre em todos os géneros de casos nem se verificará a impossibilidade de nos socorrermos de outro género de critérios, daí que se fale quer de uma norma conflitual *ad hoc*¹⁸¹ sobretudo nos casos de uma inoperante escolha de conexão quer do recurso ao mecanismo da adaptação. Em verdade, acrescente-se e sem nos querermos contradizer, face àqueles critérios formais pensamos que a prevalência da “qualificação real” face à qualificação pessoal será aquele cuja operacionalidade / mobilização se tornará mais recorrente, isto pelos fundamentos materializados nesse critério, mormente o princípio da efectividade e o de maior proximidade e pelas próprias questões subjacentes aos direitos reais e ao seu traço mais estático, *rectius* que procura uma resposta que privilegie a manutenção desses mesmos direitos¹⁸².

Insistindo nas possíveis vertentes das antinomias normativas, vemos que:

α) Do problema judicando em referência a um quadro normativo unitário de sentido desvelam-se duas regras de conflitos, *x* e *y*, que, por sua vez, cognitivamente se referem a um critério *x* e a um critério *y* de certo sistema, o que pode ocorrer é que tanto o critério *x* como o critério *y* estão aptos a resolver a unidade problemática do caso

¹⁷⁸ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos “assentos”...*, cit., p. 211, mormente “ as (...) normas secundárias que determinam relações de validade entre normas primárias em função das relações cronológicas (...), hierárquicas (...) e de especialidade (...)”.

¹⁷⁹ Por um lado pelas mesmas razões relativamente à prescrição de um modelo de qualificação, veja-se nota 121, p. 58 e, por outro lado, pela dificuldade da doutrina chegar a um ponto de concordância e das matérias relativas às antinomias normativas não se acharem, ainda hoje, devidamente fundamentadas e balizadas, cfr. FERRER CORREIA, *Direito Internacional...*, cit., nota 50 p. 168 e p. 169, advertência que continua inteiramente válida.

¹⁸⁰ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *ibidem*, p. 212, os “ (...) pontos de vista normativos materiais assumidos perante o caso concreto decidendo, e que exigem do julgador uma decisão autónoma também material e concreta.”, expressivamente, ainda, BOBBIO *apud* CASTANHEIRA NEVES, *ibidem*, afirmando que mesmo entre critérios formais pode existir antinomias logo “ (...) *le critère des critères est le principe suprême de la justice.*”.

¹⁸¹ Cfr. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade...*, cit., p. 515.

¹⁸² O que não significa que seja uma directiva geral de prevalência do estatuto real, mas sim pelo circunstancialismo do caso concreto a verificação da sua prevalência através daqueles fundamentos referidos – do princípio da maior proximidade e da efectividade. Para o fundamento em torno da prevalência do estatuto real, mormente o fundamento da *lex rei sitae*, veja-se LIMA PINHEIRO, *A venda com reserva de propriedade em Direito Internacional Privado*, Lisboa, 1991, p. 108 a 118.

por uma cumulação por semelhança entre os critérios que tanto faz aos olhos do julgador que seja mobilizado x ou y , apesar de ambos os sistemas serem capazes de mobilização não há qualquer entrave à preterição de um deles, daí que se x for, a título de exemplo, o ordenamento do foro o Julgador tendencialmente irá mobilizar a sua norma por estar familiarizado com esse sistema. O que não significa uma directiva geral de preterição do critério normativo do sistema estrangeiro face ao foro em detrimento do princípio da paridade de tratamento. Quando se diz que não há qualquer entrave à preterição de um critério, entre x e y , isto significa somente que o título e capacidade de mobilização não afectam a “vontade” daqueles sistemas por referência ao caso decidendo em se considerarem ou não efectivamente mobilizáveis.

β) Do problema judicando em referência a um quadro normativo unitário de sentido desvelam-se duas regras de conflitos cujos critérios correspondentes não podem ser cumulados, mas que admitem semelhante solução, de tal modo que surge a possibilidade de escolha por uma das partes do litígio para decidir qual o critério a ser mobilizado. A não possibilidade de cumulação surge, paradigmaticamente, por um dos regimes em causa e o conseqüente critério mobilizável ser referente à responsabilidade extracontratual e outro já relativo à responsabilidade contratual em que cada um desses sistemas não permitir o cúmulo de responsabilidades.¹⁸³

γ) Do problema judicando em referência a um quadro normativo unitário de sentido desvelam-se duas regras de conflitos que são mobilizáveis sucessivamente, o julgador considerando os dois sistemas em presença terá apenas que compreender qual o critério a ser mobilizado em primeira instância, tendo em conta que pode haver um nexo entre ambos que implique que seja x e y ou vice-versa. Por regra estaremos perante casos relativos a questões jurídico familiares e questões sucessórias.

δ) Do problema judicando em referência a um quadro normativo unitário de sentido desvelam-se dois critérios que mutuamente se excluem por não poderem ser mobilizados cumulativa, alternativa ou subsidiariamente. O Julgador considerando as

¹⁸³ Cfr. MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado. Casos Práticos*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2002, p. 35 a 37. Porém, se estivermos perante dois sistemas que não excluem a cumulação de pedidos fundados ora na responsabilidade contratual ora na responsabilidade extracontratual, já estaremos perante uma dupla fundamentação e, como tal, um concurso de cumulação, contudo com uma pequena diferença é que se teria que ajustar os termos dessa cumulação entre as duas responsabilidades, os dois regimes em causa.

especificidades do caso terá que optar por um desses critérios possivelmente à custa da capacidade de mobilização de um deles, procurando evitar um *insolúvel* e, sobretudo, por uma autêntica reconstrução problemática do quadro normativo unitário de sentido que sofreu uma quebra e ao mesmo tempo pela assunção do problema julgando na sua individualidade e unidade¹⁸⁴. Em verdade, os concursos de não mobilização desvelam-se semelhantes aos casos de contradição na mobilização, por conseguinte nem sempre será perceptível a sua diferença.

Por fim, relativamente contradições de mobilização: do problema julgando e por referência a um quadro normativo unitário de sentido o julgador depara-se com uma impossibilidade de construção problemática desde último, já que a regra de conflitos *x* remete para um critério cujo nexo sistemático à luz das valorações do sistema da *lex causae* deveria ser reconduzido a uma regra de conflitos do género *y*. Neste género de casos, tal como os de não mobilização, há uma quebra da unidade normativa de sentido, não por aquela norma não ser mobilizável, mas por ser mobilizável à luz de certo critério do foro pelo qual ela rejeita a sua mobilização por referência ao caso. O que acontece é que o conceito-quadro da regra de conflitos especializada apesar da sua força de extensão não permite reconhecer aquele sistema mobilizável de acordo com a relevância que lhe procura adjudicar, portanto tal deve-se ou a uma falha pela incompatibilidade da conexão prescrita ou pelo não reconhecimento entre os nexos daqueles critérios que impossibilita a afirmação de uma unidade normativa de sentido (considerando-se a não recondução entre a regra de conflitos especializada e aquele critério por referência ao caso).

Na maioria das vezes estaremos perante uma incorrecta apreensão do mérito do caso e da intencionalidade que predica cada um dos sistemas considerados.¹⁸⁵ A

¹⁸⁴ A efectiva mobilização de certo critério normativo não pode ir contra o “ (...) espírito dos dois ordenamentos em presença (...) ”, cfr. MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado. Casos práticos...*, cit., p. 37 e 38; ainda, BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 141. Porquanto, quando os dois sistemas propugnem a mesma “solução” mas a títulos “diferentes” surge a possibilidade de preterição de um desses títulos de mobilização sem afectar (porque se respeita) a valoração do sistema preterido.

¹⁸⁵ Para além dos exemplos *supra* mencionados, estaremos perante uma incorrecta apreensão do mérito do caso e da intencionalidade que predica cada um dos sistemas aquando de casos referentes ao critério normativo do sistema jurídico português das vendas entre pais e filhos e do corresponde recorte do critério problemático do sistema conflitual português relativo às relações entre pais e filhos – no fundo, “ (...) estabelecer qual o âmbito problemático geral em que se inserem os comandos aí contidos e que topo de preocupações são por eles servidos. É o bastante, para este efeito, a ideia de que tais preocupações pertencem à esfera jurídico-familiar (...) ”, cfr. MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, cit., p. 634, o que nos

título de exemplo, atente-se na questão do *onus da prova* e do *instituto da prescrição* em DIP em que os mesmos deverão ser *sempre considerados* como *normas substantivas*, isto porque afectam a subsistência do direito levado a litígio. Como tal, independentemente do regime mais favorável ou mais prejudicial radicado no sistema processual do foro, aquele efeito sobre o direito (objecto do caso) terá que ser aferido não por este sistema (o do foro, processualmente considerado), mas pelo sistema mobilizável. Logo, dir-se-á que, neste género de casos, não há uma qualquer preterição do critério mediador do foro ou de um critério normativo de um sistema, seja o do foro seja o estrangeiro, pela simples razão que a operação constituinte do raciocínio do julgador mantém-se intacta. Propriamente nem se trata de um problema de contradição na mobilização daqueles critérios.¹⁸⁶

Diferente será aquele género de casos quando não é de todo possível reconduzir pelo critério problemático do foro certo critério que até possa ter funções semelhantes mas insere-se numa perspectiva jurídica distinta, paradigmaticamente, questões relativas a problemas jurídicos de sucessões e problemas jurídicos referentes a direitos reais¹⁸⁷. Este género de contradições já se apresentam como inteiramente problemáticas para o Julgador porque aqui o critério mediador do foro não consegue estabelecer uma relação entre o caso e um sistema que seja efectivamente mobilizável

remete para a compreensão funcional dos critérios normativos mobilizáveis por referência a certo caso decidendo - ou pelo desconhecimento de certo instituto estrangeiro, mas que, em verdade, é reconduzível aos critérios problemáticos do foro, veja-se os seguintes exemplos em MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado. Casos Práticos...*, cit., p. 35 e p. 26 e 27, respectivamente.

¹⁸⁶ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 138; FERRER CORREIA, *O problema da qualificação...*, cit., p. 60; HELENA MOTA, *Os efeitos patrimoniais...*, cit., p. 356 e 357; WENGLER, *Réflexions sur la technique...*, cit., nota 1, p. 371; ainda, MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado. Casos práticos...*, cit., p. 29, por referência ao necessário confronto entre o conteúdo do conceito direito processual próprio dos direitos anglo-saxónicos com o conceito homólogo dos direitos continentais europeus, de onde resulta que desse “ (...) confronto resulta que muitos institutos com finalidades e alcance prático semelhantes são classificados nos sistemas romano-germânicos como institutos de direito material e nos países de *Common law* como institutos de direito processual.”

Relativamente à questão da natureza jurídica do instituto do *onus da prova* e a sua correlação face aos conflitos de qualificação veja-se, por todos, CRUZ ALMEIDA, «*O onus da prova em direito internacional privado*» in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 53, n.º 2 (Abril – Junho, 1993), p. 291 e ss. e 301 e ss.

¹⁸⁷ A título de exemplo, um caso que pressuponha o confronto entre o direito de carácter público do direito Inglês face ao critério problemático do foro (sistema português) relativamente a direitos sucessórios, cfr. MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado. Casos Práticos...*, cit., p. 31. Ressalve-se que este mesmo caso poderá ser tido como concurso de não mobilização, cfr. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 143, tudo dependendo, em última instância, do prisma de análise, por esta razão afirmámos anteriormente que a linha que separa este género de antinomias não é de fácil percepção. Contudo, o que releva, por ora, é o reconhecimento da dificuldade congénita a este género de casos e que o critério de solução terá que ser procurado numa índole concreta e material.

face ao seu problema, de tal modo que teremos que extrair ou a modificação de uma das regras de conflitos em jogo ora de um dos critérios possivelmente mobilizáveis.

Os problemas descritos poderão evidentemente apresentar-se de diversas formas,¹⁸⁸ quanto a nós reconhecemos que a derradeira dificuldade será proceder a este avanço e recuo entre um *desdobramento artificial* do caso para afirmar a sua unidade e entre uma progressiva reconstrução de um quadro normativo unitário de sentido entre o sistema do foro e um sistema mobilizável que respeite quer a força de extensão e compressão da regra de conflitos quer, primordialmente, os nexos entre certo critério normativo e o seu sistema.

Uma palavra mais é necessária, desta feita, relativa ao *mecanismo da adaptação*¹⁸⁹. Este mecanismo / expediente técnico surge pela necessidade de coordenar as diversas normas mobilizáveis devido à incompatibilidade entre as mesmas por referência ao problema plurilocalizado. Em traços gerais, a adaptação é um mecanismo híbrido e de dupla referência, isto porque os correntes casos próprios da *adaptação* tanto se repercutem nos concursos de normas, mas também possuem um lugar próprio e específico no raciocínio do Julgador onde já não se pressupõe aquelas antinomias. De outro modo, a *adaptação* surge-nos, analiticamente e na perspectiva em que nos enquadrámos, como um composto e uma *ponte de passagem* entre uma operação que desvela um *critério hipotético* e uma operação que desvela um *critério adequado* por “*adaptação*” daquele primeiro critério.

¹⁸⁸ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 174 e 175, ao que acresce que a subsistência de concursos de normas se deve, sobretudo, ao contraste entre “ (...) a índole analítica abstracta das normas (...) ” face à “ (...) índole sintético-concreta dos casos decididos.”, e, em verdade, “ (...) as antinomias não se esgotam no tipo que delas oferecem as normas que conflituam em abstracto – o único tipo de antinomias que também em abstracto se poderá resolver. Há que atender, desde logo, a dois outros tipos de diferente natureza. Aquele em que os critérios normativos se oferecem compatíveis (não conflituantes) em abstracto e se revelam todavia de aplicação concreta antinómica, por um lado; e aquele outro tipo de casos em que os critérios normativos manifestam uma incompatibilidade ou antinomia em abstracto, mas são susceptíveis de uma aplicação concreta compatível ou conjunta, por outro lado”, *idem*, *O instituto dos “assentos”...*, cit., p. 212.

¹⁸⁹ Entre outros, BAPTISTA MACHADO, *Problemas na Aplicação do Direito Estrangeiro – Adaptação e Substituição in* Obra Dispersa, vol. I, SCIENTIA IVRIDICA, Braga, 1991, p. 685 e ss.; MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado. Lições proferidas ao 5.º ano jurídico de Lisboa, vol. II*, Lisboa, 1959, p. 435 e ss.; MARQUES DOS SANTOS, *Breves Considerações sobre a adaptação...*, cit.; RIGAUX e FALLON, *Droit International Privé...*, cit. p. 289.

O ponto crucial do mecanismo da adaptação reside na reconstrução analítica da individualidade do problema judicando¹⁹⁰, já que pelo recurso às regras de conflitos se desdobra aquele por partes da sua relevância jurídica, sendo forçoso que o mesmo seja considerado na sua unidade para se compreender o porquê do ajustamento de certo critério normativo. O caso concreto plurilocalizado é fragmentado, como temos vindo a referir, no sentido do Julgador numa primeira aproximação poder recortar o seu mérito problemático e poder reconduzi-lo àqueles critérios pré-objectivados. Da correlação entre diversos critérios mobilizáveis tantas vezes assiste-se a uma falta de equivalência entre os mesmos, todavia mesmo o DIP procurando essa equivalência, o conceito-quadro recortando certo critério não poderá quebrar os nexos deste face a certo sistema. Mesmo que se proceda a tal recorte o critério normativo trará em si sempre o seu sentido de referência aos princípios e fundamentos constituintes do seu sistema.¹⁹¹ Porém, a compressão ou modificação tem limites, já que qualquer critério não é infinitamente elástico por muito que se procure uma resposta prático-normativa material ao caso decidendo.

O que vai dito será perceptível através de um exemplo previamente dado e que só o conseguimos compreender da seguinte forma. Perante uma compra e venda entre A e B de um imóvel na Alemanha em que pela autonomia conflitual aqueles sujeitos escolham como sistema mobilizável a título obrigacional o *sistema jurídico português*, a adaptação consequente ao processo de experimentação do Julgador apenas pode envolver a restrição da norma portuguesa e não da norma do *sistema jurídico alemão* mobilizável a título de questões sobre direitos reais. É que este sistema não pode abarcar em si a falta de referência a um acto de registo de propriedade consequente ao sistema de modo, porquanto o *sistema jurídico português* e mormente aquele critério correlativo à compra e venda é-lhe, digamos, inteiramente indiferente (menos nocivo / patológico)

¹⁹⁰ Em sentido semelhante, HELENA BRITO, *A representação...*, cit., p. 609, isto por não se poder prescindir de “ (...) processo de “síntese” ou de “harmonização de conexões” e este é tanto mais complexo quanto mais longe tenha ido a análise e a dispersão das normas materiais no caso concreto”.

¹⁹¹ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Problemas na aplicação...*, cit., p. 688, afirmando que o Juiz terá que “ (...) corrigir, ao decidir a hipótese litigiosa, procurando guardar respeito, na medida do possível, àquela interconexão de sentido que solidariza e argamassa as normas do ordenamento respectivo (...) ”, tendo que “ (...) eliminar os contra-sentidos e ajeitar a co-actuação das diferentes leis, por forma a obter um «mosaico ilacunar» (WENGLER) e harmónico.”, expressivamente, “*Le juge décidant en matière de droit international privé ressemble à un homme ayant la tâche de construire une automobile, en se servant de pièces détachées de plusieurs marques. Cet homme doit avoir soin, par exemple, d’installer le moteur avec toute les parties qui sont nécessaires à son fonctionnement d’après les idées de celui qui l’a inventé (...)*”, cfr. WENGLER, *Réflexions sur la technique...*, cit., p. 683.

que seja comprimido à custa do respeito pelas regras do *sistema jurídico alemão*. Subjacente a estas considerações está não só o respeito pelo funcionamento daquele quadro normativo unitário de sentido entre a *lex causae* e a *lex fori*, mas também a referência ao problema plurilocalizado, senão vejamos: entre o caso e o sistema da *lex causae* a título obrigacional impõe-se o recurso, porque inteira, válida e recognitivamente mobilizável, do *sistema jurídico português*, daí que a norma mobilizável numa primeira aproximação crítica ao problema do caso seja aquela referente à compra e venda nos moldes daquele sistema, por outro lado entre o caso e o sistema da *lex causae* face à relevância a título de direitos reais aparecerá inteira, válida e recognitivamente como mobilizável o *sistema jurídico alemão* e, como tal, o respeito pelas normas correlativas aos actos de registo.

Rigorosamente, a adaptação só surge neste género de casos porque o critério normativo português quer “*responder a mais*” do que a relevância distribuída pelo conceito-quadro (o que se correlaciona com o que temos vindo a referir sobre a impossibilidade de se retirar / recortar certo critério normativo do seu sistema sem se respeitar os nexos entre ambos). Isto posto, atente-se que a adaptação surge pela diminuição do efeito daquele critério normativo o que permitirá uma harmonia (coordenação) entre os dois sistemas mobilizáveis, logo através da reconstrução da individualidade do problema concreto, o mesmo nos irá indicar para um *critério judicativamente apurado* um composto entre o critério da compra e venda do *sistema jurídico português* e a exigência do acto do registo do *sistema jurídico alemão*.¹⁹²

¹⁹² Em sentido semelhante ao referido *supra* no texto, BAPTISTA MACHADO, *Problemas na aplicação...*, cit., p. 692 Solução *tendencialmente* diferente em LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I..., cit., p. 421, HELENA MOTA, *Os efeitos patrimoniais...*, cit., nota 655, p. 360 e, ainda, MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado. Lições*, vol. II..., cit., p. 440. Reconhecemos a tendencial diferença, porém recortada no essencial o ponto nevrálgico é comum: *o respeito e não subversão de uma das características fundamentais do sistema de modo alemão*. Daí que se adapte, segundo os AA., a norma portuguesa de forma a obrigar o vendedor à prática dos actos necessários para a transferência de propriedade. Destarte, a aparente diferença entre a *adaptação – redução supra* referida no texto e a *adaptação - ampliação* da norma portuguesa, o relevante é reter que a adaptação tanto surge para reduzir a efectiva mobilização de um critério normativo como também para o ampliar, sempre em referência ao caso decidendo. Quanto a nós, o que está em causa é que simplesmente dois sistemas são mobilizáveis a título diferente e não é pela autonomia conflitual nem por o critério normativo do sistema português resolver essas duas questões que se prescindirá da mobilização do sistema alemão. Até porque “ (...) incumbe à lei reguladora do direito real estabelecer todas as *formalidades* – incluindo a tradição e o registo – bem como todos os *requisitos de forma* dos negócios jurídicos que se destinem a dar publicidade à constituição, transmissão ou existência do direito real (...) ”, cfr. LIMA PINHEIRO, *A venda com reserva...*, cit., p. 166.

O mecanismo da adaptação poderá ser reconduzido a quatro espécies¹⁹³ de problemas referentes a: relações relativas a imóveis, como a referida anteriormente; pela intervenção da ordem pública, onde, por ora, já que trataremos deste ponto subsequentemente, apenas frise-se que a adaptação será “residual” pela simples razão que a mobilização do critério da ordem pública é congénita ao próprio recorte do mérito problemático do caso decidendo, por corolário a operação da qualificação e o quadro normativo unitário de sentido construído problematicamente pelo Julgador terá que ter em conta tal característica daquele caso; relações conexas onde são mobilizáveis sistemas diferentes; e, por último, relações relativas a mudanças de estatuto pessoal dos sujeitos de certa situação jurídica plurilocalizada. Atendamos a estes dois últimos géneros de casos.

Sucintamente, aquando de relações conexas, o critério normativo de um sistema pressupõe anterior ou posteriormente que se trate certa questão ou matéria de direito de certo modo, porém pelo recorte daquele critério normativo pode surgir a necessidade de coordenação porque o outro sistema mobilizado pressupõe analogamente certo género de ordem cronológica na mobilização face a certa questão ou modo de tratamento de certa matéria de Direito. *Hic et nunc*, o objectivo do Julgador passa, em primeiro lugar, por compreender individualmente o prisma dos sistemas tomados como um todo para compreender se certa solução, seja ela anterior ou posterior, pode ser tida independentemente da ordem cronológica prescrita. Assim, o Julgador, caso os dois sistemas mobilizáveis aceitem um género de solução, poderá mobilizar enquanto critério adequado a resolver o problema jurídico uma espécie de híbrido entre os dois critérios, porque se respeitará sempre a solução prevista naqueles sistemas. Por outro lado, caso um dos sistemas não permita a alteração da ordem cronológica da mobilização, atentas as especificidades do caso, poderá somente ser considerado como mobilizável, ponderadas as razões daquela proibição de alteração da ordem cronológica, ou esse mesmo sistema ou o outro considerado na presente operação.

Relativamente à mudança de estatuto pessoal, consideremos a alteração da nacionalidade de uma das partes que implica alterações a nível dos sistemas

¹⁹³ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Problemas na aplicação...*, cit., p. 689 e ss.

mobilizáveis a título de questões de direito da família e de direito de sucessões, em que certo sistema resolve a questão de forma *x* e outro sistema prevê a mesma situação, mas de forma *y*. A par do funcionamento das regras referentes ao Direito do Transitório se *in casu* mobilizáveis, atente-se que neste género de casos o critério normativo mobilizável terá que respeitar quer as garantias previstas pelos sistemas do género *x* ou do género *y*. Em princípio outrossim aqui surgirá um composto em respeito à individualidade do problema e aos nexos de cada um daqueles critérios face ao seu sistema.

O escopo do DIP é conduzir à expressão do sentido de Justiça inerente ao sistema mobilizável por mediação do sistema conflitual do foro, assim o Julgador ajusta certo critério normativo às particulares características do caso, tendo em conta que certo critério pode ter como pressuposto algo que foi distribuído recognitivamente a outro critério mobilizável (a outro sistema). Note-se que, tal como referimos anteriormente, o acto nuclear do esquema metódico, o juízo, predica um critério judicativamente apurado às concretas especificidades do caso¹⁹⁴, assim reconduzimos a adaptação, nos termos em que tradicionalmente é concebida, ao ajustamento *hipotético – adequado* de certo critério normativo perante a afirmação da individualidade problemática do problema. Uma afinação daquele critério normativo, como tal uma afinação do resultado da operação da qualificação e do respectivo recorte do mérito do caso, assim como uma aproximação crítica ao quadro normativo unitário de sentido. Todavia, a adaptação não provoca ou co-envolve uma reconstrução deste último, isto porque simplesmente a regra de conflitos especializada já individualizou *validamente* um critério normativo, não se questionando a sua própria capacidade (título ou condição) de mobilização. A adaptação apresenta-se como *a problematização da compossibilidade entre o mérito problemático do caso e os nexos que ligam certo critério ao seu sistema, sem o alcance significativo de alterar (comprimir / estender) ou até constatar uma quebra naquele quadro normativo*. O que, tal como considerámos, já deverá acontecer no caso das antinomias normativas, mormente nos concursos de cumulação (dupla fundamentação), de não mobilização (vácuo) e nas contradições de mobilização. Por corolário, reconduzindo a

¹⁹⁴ Neste sentido LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado, vol. I...*, cit., p. 418, frisando que a adaptação “ (...) é a solução, encarada geralmente como uma modificação das normas materiais ou das normas de conflitos. Em rigor, porém, as normas não são modificadas. A adaptação consiste antes numa modelação do critério de decisão do *caso concreto*, através de uma extensão ou restrição da previsão da norma ou de uma alteração dos efeitos que desencadeia no caso concreto”.

prisma entre o momento conflitual e entre o momento material, a adaptação, apesar de perpassar os dois momentos, é, exacta e analiticamente, um momento material do juízo¹⁹⁵. Aqui já não há qualquer problema conflitual a resolver, já não se procura saber quais os sistemas mobilizáveis, *hic et nunc*, o que releva é a assunção dos critérios desvelados e a tentativa de superação da sua diferença face ao caso decidendo.

A adaptação é, de todo, um mecanismo híbrido. Nem sempre a mobilização de uma norma que é aproximada ao caso para assimilar o seu problema a implica nos termos como é concebida no DIP. Tantas vezes não será possível esta distinção o que acarreta que se reconheça que os contornos deste mecanismo não são possíveis de uma determinação apurada, tendo em conta a ténue linha que separa os momentos constitutivos do juízo jurisdicional. O relevo dado ao mecanismo da adaptação teve a sua origem numa compreensão onde se cindia os momentos conflituais e os momentos materiais o que se vertia na necessidade de “corrigir” o resultado conflitual através de um ajustamento material dos critérios mobilizáveis. Todavia, para quem tenha o DIP como um ramo de conexão e coordenação cujo *prius reflexivo* seja o problema

¹⁹⁵ Cfr. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação...*, cit., p. 253, referindo que o mecanismo da adaptação apenas é relativo ao ajustamento das regras materiais, também, em sentido semelhante, BUHIGUES e MOTA, *Derecho Internacional Privado...*, cit., p. 203, ainda, MARQUES DOS SANTOS, *Breves considerações sobre a adaptação...*, cit., p. 66, afirmando que: “ (...) a adaptação é a busca da congruência entre as estatuições das normas materiais designadas como aplicáveis por força das normas de conflitos, pela compatibilização de tais normas materiais, qualquer que seja a via – adaptação de normas de conflitos ou a adaptação de normas matérias – a que se recorra para obter essa congruência.” Frise-se que, para nós, restringindo os casos em que a adaptação possa operar por referência a concursos e contradições de mobilização de normas, *tendencialmente*, não aderimos à via da adaptação das regras de conflitos especializadas e por esta razão: numa perspectiva analítica hiperbolizamos o seu momento material, assim, neste sentido, já estaremos perante vários critérios mobilizados sem se questionar essa capacidade (título ou condição) de o serem (mobilizados). Por outro lado, evitando o risco da contradição face ao que afirmámos anteriormente, não nos esquecemos que o critério problemático do foro (a regra de conflitos) vai insita a um critério normativo mobilizável, *hoc sensu*, material, porquanto, o que queremos afirmar por não adaptação das normas de conflitos é rigorosamente que aqui nos casos de adaptação não se questiona o título ou a capacidade de mobilização de certo critério e, por referência, à condição de possibilidade de mobilização, aqui não se questiona essa possibilidade, apenas e tão-somente a efectiva mobilização porque ela se desvela problemáticamente. Nem tão-pouco nos referimos a uma primeira aproximação subjacente à operação da qualificação, mas sim às sucessivas operações que analiticamente já não se reconduzem à qualificação apesar da sua nítida e incindível interpenetração. Dir-se-á que é um preciosismo, mas apenas o afirmamos para não cairmos num erro grosseiro de negar as considerações precedentes relativamente ao quadro normativo unitário de sentido entre a regra de conflitos especializada e o sistema mobilizável (e o seu critério normativo). Fora que, o mesmo A., também distingue entre a *interpretação* própria do conceito-quadro da regra de conflitos, portanto a qualificação, e a interpretação e aplicação das normas materiais ou das regras de conflitos por referência a estas, cfr. *ibidem*, p. 63, afirmando que “ (...) se há questões de adaptação que surgem em razão de problemas de qualificação – caso dos chamados conflitos de qualificações – trata-se de problemas diferentes, em que a qualificação precede lógica e cronologicamente o problema da adaptação (...) ”, consequentemente pensamos que as ideias se reconduzem nos seus traços essenciais.

judicando, constatando-se um truísmo e até uma ideia comezinha, na maioria dos casos aquele critério é sempre “*adaptado*” / “*ajustado*” àquele problema.

17. Temos vindo dar relevância a alterações (compressão, extensão e até quebra) do quadro normativo unitário de sentido considerando a capacidade e a efectiva mobilização de certo critério normativo que, perante o enquadramento destas alterações face às operações congénitas ao juízo jurisdicional, alteram o próprio sentido da operação da qualificação devido à sua mútua interpenetração. Nos visos do DIP exige-se, ainda, o reconhecimento de certas especificidades do caso decidendo que *per si* são capazes de alterar aquele quadro normativo, consequentemente alterando os vários incidentes discursivos (desde as condições de possibilidade de mobilização às condições de problematização). Especificidades do caso decidendo que reconduzimos a uma série de expedientes técnicos que usualmente se reconhecem aptos a modificar o resultado normal do recurso às regras de conflitos. Atendamos, portanto, à *ordem pública internacional* e à *autonomia conflitual*¹⁹⁶.

Da *ordem pública internacional* vemos que é concebível como um mecanismo que perpassa o momento conflitual e o momento material. Pelo recurso a um sistema mobilizável, certo(s) critério(s) normativo(s) confrontaria(m) princípios absolutamente imperativos do ordenamento do foro, de outro modo um confronto com certo elemento constituinte de um “*tecido garante*” ou de uma incidência tal face ao projecto

¹⁹⁶ Relativamente à ordem pública e às suas implicações veja-se BATIFFOL e LAGARDE, *Droit International...*, cit., p. 567 e ss.; BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 253 e ss.; BERNARD AUDIT, *Droit International Privé...*, cit., p. 254 e ss.; BUREAU e WATT, *Droit International Privé...*, cit., p. 486 e ss.; CARAVACA e GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, cit., p. 429 e ss.; BUCHER, *Droit International privé suisse...*, cit., p. 163 a 232; DOLINGER, *Direito Internacional Privado...*, cit., p. 391 e ss.; HELENA BRITO, *A representação...*, cit., p. 596 e ss.; LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado, vol. I...*, cit., p. 461 e ss.; MAYER e HEUZÉ, *Droit International privé*, 10^a ed., Paris, 2010, p. 149 e ss.; MOURA RAMOS, «*L'ordre public international en Droit Portugais*», in Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional, vol. I, Coimbra, 2002, p. 245 e ss.; RIGAUX e FALLON, *Droit International Privé...* cit., p. 304 e ss.

Relativamente à autonomia conflitual veja-se BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 358 e ss.; HELENA MOTA, *Os efeitos patrimoniais...*, cit., p. 391 e ss.; MACHADO VILLELA, *Tratado elementar...*, cit., p. 486 ss.; MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda em Direito Internacional Privado — Aspectos fundamentais*, vol. I, Lisboa, 1954, p. 25 e ss.; MARQUES DOS SANTOS, António, *Algumas considerações sobre a autonomia da vontade no direito internacional privado em Portugal e no Brasil*» in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, volume I, Coimbra, 2002, p. 379 a 429, entre outros.

axiológico subjacente¹⁹⁷ ao ordenamento do foro que jamais poderia ser questionada pela mobilização daquele critério de sentido contrário.

Do que vai dito, subentende-se que a ordem pública altera o quadro normativo unitário de sentido, questionando a própria funcionalidade e mobilização dos critérios normativos desvelados. Logo se antes afirmámos que o problema judicando e a sua relevância jurídica lhe era congénita, por correlação com as suas dimensões constitutivas, e que, por seu turno, aquele seria inicialmente reconduzido ao ordenamento do foro, *hoc sensu*, aos seus princípios e fundamentos absolutamente imperativos, e “*ulteriormente*” a um ordenamento estrangeiro, por conseguinte a *ordem pública* terá que ser aferida pelo *prisma do problema* e este enquanto *prius reflexivo* indicará ao Julgador, aquando do reconhecimento dos sistemas mobilizáveis, a limitação que lhe é, afinal, inerente.¹⁹⁸

Parece-nos ser uma consequência inevitável da perspectiva em que nos enquadrámos e note-se que procedendo-se ao reconhecimento de limitações congénitas ao caso pelo ordenamento do foro a norma mobilizável será aferida numa índole concreta material. Como tal, alterado o quadro normativo unitário de sentido, o critério normativo mobilizável a *título hipotético, adequado e judicativamente apurado* poderá, igualmente, ser um composto entre o critério do sistema mobilizável conflituante (de

¹⁹⁷ O “sentido e espírito de uma determinada ordem jurídica”, cfr. KAHN *apud* BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, p. 259, ainda, expressivamente, “[i]mportaria acordar para a vida, no substracto ético-jurídico da comunidade, historicamente sedimentado, os radicais ou «éticos» do sistema para nos assegurarmos daquilo que a sua dinâmica interna (o seu «metabolismo») rejeita como inassimilável, cfr. BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, p. 260. Como tal dois problemas correlativos: α) o reconhecimento dos princípios, que dão corpo ao sentido de Direito, que historicamente se vão sedimentando e β) o reconhecimento do sistema jurídico como um organismo vivo adaptável às circunstâncias concretas, restando saber o quão elástico são os seus fundamentos basilares para absorverem critérios normativos contrastantes com a sua estrutura celular... por referência aos casos decidendo.

¹⁹⁸ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 254 e não será esta a razão por que este A. refere que a intervenção da reserva da ordem pública terá que ser verificada quer em abstracto quer num nível concreto pelo reconhecimento das circunstâncias do caso decidendo e do choque entre as concepções do foro com o sistema mobilizável? - cfr. *ibidem*, p. 261 e ss.

Uma breve ressalva: não discutimos as concepções apriorísticas ou aposteriorísticas da ordem pública (veja-se *ibidem*, p. 257 a 259; MOURA RAMOS, *L'ordre public...*, cit., p. 249) não sendo esse o plano em que nos situamos *supra* no texto. Dialogando com essa destriça, inevitavelmente se terá que conceber a ordem pública internacional como um mecanismo de excepção e de correcção da mobilização “regular”. Isto porque a consideração do mecanismo da ordem pública como elemento congénito ao caso decidendo não implica a desconsideração, atomisticamente considerada, da sua intervenção como elemento aposteriorístico. Todavia, frise-se, atomisticamente considerada. Em unidade e correlativamente à interacção entre o caso, o mediador conflitual e o sistema mobilizável não há lugar para àquela destriça. Por outro lado, não vemos a ordem pública como congénita a critérios normativos materiais do foro ou uma qualquer regra de conflitos unilateral.

sentido contrário) e os fundamentos / princípios basilares / garantes do sistema do foro¹⁹⁹, isto porque o reconhecimento da especificidade da ordem pública não implica a não verificação de certa condição de possibilidade de mobilização, já que estamos perante um título ou condição inteiramente válido.

Por maioria de razão, neste sentido se perspectiva a própria *autonomia conflitual*, onde se pressupõe que o Julgador tenha em conta a escolha das partes (enquanto determinação de um elemento de conexão autónomo) relativamente a certo sistema mobilizável para regular a sua relação jurídica, de tal forma que em primeira instância se irá procurar esse sistema, verificando-se a sua capacidade e efectiva mobilização (ressalvando-se os casos de uma possível *fraude à lei*²⁰⁰).

Neste género de especificidades / características assistimos à compreensão quer do recorte do mérito problemático do caso quer do próprio funcionamento do quadro normativo unitário de sentido e da dupla referência às valorações do sistema do foro e do sistema estrangeiro. De tal modo que o próprio caso dita a maneira como irá ser problematizado, daí que é por ele que tudo se questiona e tudo se condiciona. Estando em condições de estabelecermos um critério relativo a este género de “expedientes técnicos”: *qualquer indicação que altere o sentido do recurso a uma regra de conflitos, bem como o critério normativo mobilizável desvelado por ela, ou seja, qualquer alteração (onde não vá implicada uma quebra) ao quadro normativo unitário de sentido que implique o reconhecimento de uma limitação à mobilização (positiva no caso da autonomia conflitual, negativa no caso da ordem pública) advém do recorte objectivo e da qualificação do caso decidendo.*

¹⁹⁹ Cfr. HELENA BRITO, *A representação...*, cit., p. 597: “O efeito da intervenção da ordem pública internacional consiste no afastamento de determinado regime material e não no afastamento do bloco do direito estrangeiro normalmente competente.”, o que implicará que, por remissão, a uma condição de problematização se procure e se ajuste um critério normativo que, ainda assim, possa ser reconduzida aos quadros do sistema mobilizável, se se quiser, competente.

²⁰⁰ Se bem vemos, inclusive, a própria fraude à lei é congénita ao problema judicando que por ponderosas razões materiais se verte na própria questão conflitual. Como tal, altera o quadro normativo unitário de sentido que à partida através daquela autonomia conflitual seria de considerar, por conseguinte, alterando igualmente a própria operação da qualificação. Veja-se sobre este tema, para um esboço histórico, CASTRO FREIRE, «*A fraude à lei no Direito Internacional Privado*» in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 14, 15 e 16, 1954 – 1955 – 1956, p. 68 e ss.; ainda, entre outros, BATIFFOL e LAGARDE, *Droit International...*, cit., p. 594 e ss.; BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 273 e ss.; BERNARD AUDIT, *Droit International Privé...*, cit., p. 171 e p. 194 e ss.; CARAVACA e GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, cit., p. 344 e ss.; LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado, vol. I...*, cit., p. 383 e ss.; MAYER e HEUZÉ, *Droit International privé...*, cit., p. 192 e ss.; outrossim, a bibliografia aí mencionada.

Isto posto, acrescenta-se que este género de características não são unicamente relativas à experimentação dos critérios mobilizáveis, porém pela mútua interpenetração dos momentos constitutivos do juízo vemos que são inerentes à construção problemática do julgador e por esta razão apenas agora lhes fazemos referência, conseqüentemente vão implícitas às condições de mobilização e subsequentemente às condições de problematização, sendo paradigmaticamente limitativas dos *candidatos possíveis de mobilização*.

EPÍLOGO

18. Uma palavra final, em jeito de epílogo, para afirmarmos uma das teses centrais do presente estudo: da semelhança entre casos internos e casos plurilocalizados dir-se-á que o problema do DIP radica na dialéctica em torno de um problema judicando e de um sistema efectivamente mobilizável (o sistema da *lex causae*) cuja aproximação reside no sentido deveniente do Direito (entre o sistema do foro e o sistema estrangeiro). Para tal procede-se a uma construção problemática de um quadro normativo unitário de sentido entre as normas de segundo grau (as normas conflituais do foro) e as normas de primeiro grau (os critérios mobilizáveis) através de uma recondução, igualmente problemática, do DIP a incidentes discursivos que são congénitos ao esquema metódico radicados num autêntico critério de possibilidade (ora de mobilização ora de problematização). Eis que o problema do DIP reside entre incidentes e condições que predicam a conexão e a coordenação. Daí que a qualificação nos visos do DIP não seja mais do que a correlação entre os pólos de tensão referidos à procura do recorte do mérito problemático do caso decidendo e que os mecanismos que lhe são consequentes ou que nela vêm a sua raiz problemática se reconhecem enquanto um composto daquele autêntico critério geral de possibilidade.

Reconhecemos as *pontas soltas* que fomos deixando ao longo da presente investigação e que necessitavam de uma palavra mais para serem adequadamente compreendidas, porém a reflexão enfraquece-se perante a *desordem*²⁰¹, restando, porventura, “*assistir*”²⁰² ao desenrolar de uma ideia sem poder abarcar ou reconhecer todas as suas ligações constitutivas.

Tantas vezes nos prostramos à inércia apesar das inúmeras tentativas de retomar o *fio de Ariadne* em busca da compreensão de certo objecto, o que nos remete à ideia que é este, o objecto, a única medida do pensar, mas também “ (...) *isso é o que mais problemático é.*”²⁰³ Tudo se traduzindo, contudo, numa *esperança* “*útil*”²⁰⁴ em que, expressiva e analogamente, o reflectir “ (...) *aparentemente morto (...) surg[e] outra vez à superfície (...)*”²⁰⁵. Do possível comodismo²⁰⁶ na mera tentativa ou até impossibilidade crónica de “ (...) *desatar o nó górdio (...) por cansaço em pensar, ou por uma timidez em tirar conclusões, ou pela necessidade absurda de encontrar um ponto de apoio (...)*”²⁰⁷ porque, afinal, o nosso “ (...) *barro é fraco.*”²⁰⁸ O que queríamos reflectir? Muito, porém o que afinal dissemos foi pouco, bastante pouco perante esta tarefa que exige constante reflexão e o ensejo que o “ (...) *vento seja mais Bach (...)*”²⁰⁹. Por conseguinte, esta igualmente foi uma mera aproximação de uma tentativa e erro... a nossa “ (...) *hesitação fundamental.*”²¹⁰.

²⁰¹ Cfr. VERGÍLIO FERREIRA, *Para sempre*, Lisboa, 1996, p. 285, sabendo que “Todos nos queixamos da desordem dos tempos presente, mas poucos nos perguntamos onde começa essa desordem. Começa aqui e apontou com o dedo para vermos onde começava e vimos que era em nós que estávamos ali para o saber.”.

²⁰² Cfr. *idem*, *Espaço do Invisível*, vol. V, cit., p. 102, “As coisas vão por si. E eu assisto e assino”, por referência ao acto de descobrir ou ao acto que desvela a primeira ideia que permite uma reflexão e ou construção problemática.

²⁰³ Cfr. HEIDEGGER, «*Já só um Deus nos Pode Salvar*», tradução e notas por Irene Borges Duarte, in *Textos Clássicos de Filosofia*, Universidade da Beira Interior, Covilhã, 2009, p. 43.

²⁰⁴ Em contraste ao castigo de Sísifo, cfr. CAMUS, *O mito de Sísifo*, trad. e apresentação por Mauro Gama, editora Guanabara, 1989, p. 82 e ss.

²⁰⁵ Cfr. FERNANDO PESSOA, *Carta a Santa-Rita Pintor*, Lisboa, 21 de Setembro de 1915, in *Correspondência 1905-1922*, edição Manuela Parreira da Silva, Lisboa: Assírio & Alvim, 1998, p. 172 e 173.

²⁰⁶ Que convoca o receio da “*perdição*” e tem como consequência o não “*desembarque*”, cfr. AGOSTINHO DA SILVA, *Herta Teresinha Joan ou memórias de Mateus Maria Guadalupe*, Biblioteca Editores Independentes, Lisboa, 2010, p. 21.

²⁰⁷ Cfr. FERNANDO PESSOA, *Livro do Desassossego...*, cit., p. 213.

²⁰⁸ Cfr. AGOSTINHO DA SILVA, *ibidem*, p. 15.

²⁰⁹ Cfr. *ibidem*, p. 27.

²¹⁰ Cfr. VERGÍLIO FERREIRA, *Do Mundo Original*, Lisboa, 1979 p. 17.

BIBLIOGRAFIA

Referem-se somente as obras citadas e efectivamente consultadas na elaboração da presente dissertação. Para tal foi essencial o acesso ao acervo da Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra e do catálogo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; da Biblioteca da Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria da Faculdade de Direito da Universidade do Porto; e, por último, da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

- ALAIN PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique: de la subsumption à l'abduction. Le exemple du droit international privé*, Bruxelas, 2003.
- AGOSTINHO DA SILVA, Herta Teresinha Joan ou memórias de Mateus Maria Guadalupe, Biblioteca Editores Independentes, Lisboa, 2010.
- ASCENSÃO SILVA, Nuno Gonçalo, «A Constituição da Adopção de Menores nas Relações Privadas Internacionais: Alguns Aspectos» in *STVDIA IVRIDICA*, n.º 49, Coimbra Editora, 2000.
- AROSO LINHARES, José Manuel, «A abertura ao futuro como dimensão do problema do Direito. Um correlato da pretensão de autonomia?» in *O Direito e o Futuro, o Futuro do Direito*, coord. Avelãs Nunes e Miranda Coutinho, Edições Almedina, Coimbra 2008.
- , «Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo (s) de pluralidade e de diferença?», Texto fornecido nos seminários de Filosofia de Direito, 2008.
- , O sistema jurídico como “um fim em si mesmo” ou “as muralhas de indiferença” da galáxia auto. Sumários desenvolvidos, Filosofia do Direito.
- AZEVEDO MOREIRA, Fernando M., *Da questão prévia em direito internacional privado*, Coimbra, 1964.
- BAPTISTA MACHADO, João, *Âmbito de eficácia e âmbito de competência de leis*, (reimp.), Almedina, Coimbra, 1998.
- , «Autonomia do Problema do Reconhecimento dos Direitos Adquiridos em Machado Vilela e as suas Implicações» in *Obra Dispersa*, vol. I, p. 753 e ss., *SCIENTIA IVRIDICA*, Braga, 1991.
- , «Conflitos de Leis» in *Obra Dispersa*, vol. I, p. 829, *SCIENTIA IVRIDICA*, Braga, 1991.
- , «Contributo da Escola de Coimbra para a Teoria do Direito Internacional Privado» in *Obra Dispersa*, vol. I, p. 837, *SCIENTIA IVRIDICA*, Braga, 1991.
- , «Da Referência Pressupponente ou «Questão Prévia» na Aplicação da Lei Competente» in *Obra Dispersa*, vol. I, p. 773, *SCIENTIA IVRIDICA*, Braga, 1991.
- , *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 16ª reimp., Almedina, Coimbra, 2007.
- , *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed. act. (reimp.), Almedina, Coimbra 2009.
- , «Prefácio à versão portuguesa da obra de Karl ENGISCH: Introdução ao Pensamento Jurídico» in *Obra Dispersa*, vol. I, p. 7 e ss., *SCIENTIA IVRIDICA*, Braga, 1991.

- , «Problemas na Aplicação do Direito Estrangeiro – Adaptação e Substituição in Obra Dispersa, vol. I, p. 985 e ss., SCIENTIA IVRIDICA, Braga, 1991.
- , Sobre a Aplicação da Lei no Tempo do novo Código Civil. Casos de aplicação imediata. Critérios Fundamentais, Almedina, Coimbra, 1968.
- BATIFFOL, Henri, *Aspects philosophiques du Droit international privé*, DALLOZ, Paris, 2002.
- BATIFFOL, Henri e Paul LAGARDE, *Droit International Privé – Tome 1*, 8.^a ed., Paris, 1993.
- BERNARD AUDIT, *Droit International Privé*, 4.^a ed., Ed. ECONOMICA, Paris, 2006.
- BOUKHARI, Ridha, « *La qualification en droit international privé* » in *Les Cahiers de droit*, vol. 51, n^o 1, 2010, p. 159-193.
- BUCHER, Andreas, *Droit International Privé Suisse. Partie générale – droit applicable*, vol. I/2, Éditions Helbing & Lichtenhahn, Basileia, 1995.
- BUREAU, Dominique e Horatia Muir WATT, *Droit International Privé. Partie générale*, vol. I, THÉMIS DROIT, Press Universitaires de France, Paris, 2007.
- BERTRAND RUSSEL, *A minha concepção do Mundo*, trad. Natália Oliva Teles, Brasília editora, Porto, 1970.
- CAMUS, Albert, *O mito de Sísifo*, trad. e apresentação por Mauro Gama, editora Guanabara, 1989.
- CANARIS, Claus Wilhel, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, introdução e trad. Menezes cordeiro, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.
- CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo, e Javier Carrascosa GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12.^a ed., Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2011.
- CASTANHEIRA NEVES, António, «A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia, Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação» in *STVDIA IVRIDICA*, 72, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- , «A imagem do Homem no Universo Prático» in *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1, p. 314 a 336, Coimbra, 1995.
- , «A unidade do Sistema Jurídico: o seu problema e o seu sentido» in *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 2.^o, p. 109 a 180, Coimbra, 1995.
- , “Excerto do Curso de Filosofia do Direito, 2.^a Lição”, Coimbra, (s.d). – Texto / material de apoio à cadeira de Filosofia do Direito.
- , «Interpretação Jurídica» in *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 2.^o, p. 337, Coimbra, 1995.
- , «Jurisprudência dos Interesses», *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 2.^o, p. 215 a 248, Coimbra, 1995.
- , «Método Jurídico» in *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 2.^o, p. 283 a 336, Coimbra, 1995.
- , «Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais.» in *STVDIA IVRIDICA*, 1, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1993.
- , «O Actual problema metodológico da realização do direito», in *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 2.^o, p. 249 a 282, Coimbra, 1995.
- , «O Direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito» in *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1, p. 287 a 313, Coimbra, 1995.
- , «O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência?» in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3961, ano 139.º (Março – Abril), p. 202 a 221, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- , «O Instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais» in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3550 e ss., ano 108.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1973 a 1982.
- , «O Funcionalismo Jurídico» in *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 3, p. 199 a 318, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- , «O papel do jurista no nosso tempo» in *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 1, p. 9 a 50, Coimbra, 1995.
- , «Pessoa, Direito e Responsabilidade» in *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 3, p. 129 a 158, Coimbra, 2008.
- , *Teoria do Direito - apontamentos complementares (sumário e textos)*. Universidade Coimbra, ano (s.d).
- , *Teoria do Direito - Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*. Universidade de Coimbra, 1998.

- CASTRO FREIRE, «A fraude à lei no Direito Internacional Privado» in Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 14, 15 e 16, 1954 – 1955 – 1956, p. 68 a 98.
- CRUZ ALMEIDA, Geraldo, «O ónus da prova em direito internacional privado» in Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 53, n.º 2 (Abril – Junho, 1993), p. 251-309.
- DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of laws*, vol. 1, 14.ª ed. por Lawrence Collins with special editors, Sweet & Maxwell, Londres, 2006.
- DOLINGER, Jacob, Direito Internacional Privado (Parte Geral), 7.ª ed., amp. e act. de acordo com as Emendas à Constituição e o novo Código Civil, Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, 2003.
- ERIK JAYME, «Sobre a aplicação do Direito Civil Português por Tribunais Alemães», in Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 38, n.º 2 (Maio – Agosto), 1978.
- FERNANDES, Carlos, Da natureza e função das normas de conflitos de leis, Coimbra, 1992.
- FERNANDO JOSÉ BRONZE, Fernando José Couto, «Pj→ Jd. A equação metodonomológica (as incógnitas que articula e o modo como se resolve) in Analogias, p. 311 a 392, Coimbra, 2012.
- , «A analogia como *link* noético e *by-pass* noemático entre a igualdade e a metodonomologia» in Revista de Legislação e de Jurisprudência, n.º 3979 (Março – Abril), p. 226, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- , A Metodonomologia entre a semelhança e a diferença: reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico, Coimbra editora, STVDIA IURIDICA, 1994.
- , «A Problemática da reflexão juscomparatística. (uma rápida visita, ou... algumas notas para o roteiro de uma peregrinação)» in Analogias, p 393 a 416, Coimbra, 2012.
- , «Breves Considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica» in Analogias, p. 9 a, 30, Coimbra, 2012.
- , "Continentalização" do direito inglês ou "insularização" do direito continental? (proposta para uma reflexão macro-comparativa do problema), sep. Supl. Boletim Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 22, Coimbra, 1982.
- , Lições de Introdução ao Direito, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- , "*Quae sunt Caesaris, Caesari: et quae sunt iurisprudentiae, iurisprudentiae*" in Analogias, p. 139 a 150, Coimbra, 2012.
- , «O direito, a internacionalização e a comparação de sistemas jurídicos (ou a pessoalização como tarefa realizanda, a universalização como objectivo utópico e a relativização como coordenada metódica)» in Analogias, p. 417 a 452, Coimbra, 2012.
- , «O Problema da Analogia *iuris* (algumas notas)» in Analogias, p. 265 a 280, Coimbra, 2012.
- , «Racionalidade e Metodonomologia. (nótula sobre os pólos e o sentido de uma relação de correspondência problematicamente inucleada)» in Analogias, p. 151 a 176, Coimbra, 2012.
- FERNANDO PESSOA, «Carta a Santa-Rita Pintor», Lisboa, 21 de Setembro de 1915, in Correspondência 1905-1922, edição Manuela Parreira da Silva, Lisboa: Assírio & Alvim, 1998.
- , Livro do Desassossego, composto por Bernardo Soares, ajudante de guarda-livros na cidade de Lisboa, Biblioteca Visão, Colecção Novis, 2000.
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, Direito Comparado Ensino e Método, Edições Cosmos, Lisboa, 2000.
- , Introdução ao Direito Comparado, 2.ª ed., Coimbra, 1998.
- FERRER CORREIA, António de Arruda, «A codificação no Direito Internacional Privado Português» in BFDC, vol. LI, p. 1 a 113, Coimbra, 1975.
- , «A codificação no Direito Internacional Privado Português. Continuação» in BFDC, vol. LII, p. 1 a 93, Coimbra, 1976.
- , «A codificação no Direito Internacional Privado Português. Conclusão» in BFDC, vol. LIII, p. 1 a 43, Coimbra, 1977.
- , «Considerações sobre o método do direito internacional privado» in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, III, p. 1 a 92, IURIDICA, Coimbra, 1983.
- , «De novo acerca do reenvio no actual código civil português» in BFDC, vol. XLV, p. 29 a 53, Coimbra, 1969.
- , Direito internacional privado. Alguns problemas, (reimp.), Coimbra, 1981.
- , «*La question du renvoi dans le nouveau code civil Portugais*» in BFDC, vol. XLII, p. 245 a 283, Coimbra, 1966.
- , «Miaja de la Muela e a tendência substancialista em Direito Internacional Privado» in Estudos vários de Direito, p. 255 a 278, Coimbra, 1982.
- , «*Nuevos Rumbos para el Derecho Internacional Privado?*» in Estudos vários de Direito, p. 223 a 254, Coimbra, 1982

- , «O problema da qualificação segundo o novo direito internacional privado português,» in BFDC, vol. XLIV, p. 39 a 81, Coimbra, 1968.
- , «O novo direito internacional privado português» in Estudos vários de Direito, p. 3 a 58, Coimbra, 1982.
- HEIDEGGER, Martin, Que é uma coisa? (Doutrina de KANT dos princípios transcendentais), trad. Carlos Morujão, BIBLIOTECA DE FILOSOFIA CONTEMPORÂNEA, EDIÇÕES 70, Lisboa, 1992.
- , «Já só um Deus nos Pode Salvar», tradução e notas por Irene Borges Duarte, in Textos Clássicos de Filosofia, Universidade da Beira Interior, Covilhã, 2009.
- HELENA BRITO, Maria, A Representação nos Contratos Internacionais, Um contributo para o estudo do princípio da coerência do direito internacional privado, Almedina, Coimbra, 1999.
- HELENA MOTA, Os efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado - Em especial, o regime matrimonial primário, Coimbra, 2012.
- KARL POPPER, Busca Inacabada, Autobiografia Intelectual, trad. J.C.S. Duarte, Lisboa, 2008.
- KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, MARTINS FONTES, São Paulo, 1999.
- LARENZ, Karl, Metodologia da Ciência do Direito, trad. José Lamego, 5.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2009.
- LHUMAN, Niklas, *L'unité du système juridique*, trad. Jacques Dagory in *Le système juridique*, Archives de Philosophie du Droit, tome 31, Editions Sirey, Paris, 1986.
- , «The third question: the creative use of Paradoxes in Law and Legal» in *Journal of Law and Society*, vol. 15, nº 2, 1988
- LIMA PINHEIRO, Luís de, A jurisprudência dos Interesses e o Direito Internacional Privado, Relatório de Mestrado, Faculdade de Direito de Lisboa, policopiado, 1986.
- , A venda com reserva de propriedade em Direito Internacional Privado, McGraw-Hill Editora, Lisboa, 1991.
- , Direito internacional privado, vol. I – Introdução e direito de conflitos. Parte geral, 2ª ed., Coimbra, 2008.
- , Um direito internacional privado comum? - Texto revisto da comunicação apresentada no Congresso Internacional “25 Anos na União Europeia – 25 Anos de Instituto Europeu”, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Novembro de 2011.
- LOUSSOUARN, Yvon, e Pierre BOUREL, *Droit International Privé*, 5ª ed., DALLOZ, Paris, 1996.
- KAUFMANN, Arthur, Filosofia do Direito, prefácio e trad. António Ulisses Cortês, 2.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007.
- MACHADO VILELA, Álvaro da Costa, Tratado elementar teórico e prático de Direito Internacional Privado, Livro I - Princípios gerais, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1921.
- MAGALHÃES COLLAÇO, Isabel de, Da compra e venda em Direito Internacional Privado — Aspectos fundamentais, vol. I, Lisboa, 1954.
- , Da qualificação em direito internacional privado, Lisboa, 1964.
- , Direito Internacional- Aspectos Fundamentais, vol. I, Lisboa, 1954
- , Direito Internacional Privado. Casos Práticos, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2002.
- , Direito Internacional Privado. Lições proferidas ao 5.º ano jurídico de Lisboa, vol. II, 1959.
- MARQUES DOS SANTOS, António, «Algumas considerações sobre a autonomia da vontade no direito internacional privado em Portugal e no Brasil» in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, volume I, p. 379 a 429, Coimbra, Almedina, 2002,1991.
- , As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado - Esboço de uma Teoria Geral, vol. 1, Coimbra, 1991.
- , «Breves considerações sobre a adaptação em Direito Internacional Privado», Faculdade de Direito Lisboa, 1988, (separata dos Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha, Lisboa, Faculdade de Direito, 1989)
- MATIAS FERNANDES, Maria João, A cláusula de Desvio no Direito de Conflitos: das condições de acolhimento de cláusula de desvio geral implícita no Direito Português, Almedina, Coimbra, 2007.
- MAYER, Pierre, e Vincent HEUZÉ, *Droit International privé*, 10ª ed., Éditions Montchrestien, Paris, 2010.
- MORRIS, J.H.C., *The Conflict of Laws*, 4ª Ed., London, Sweet & Maxwell, LTD., 1993.
- MOTA, Carlos Esplugues e José Luis Iglesias BUHIGUES, *Derecho Internacional Privado*, 3.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valência, 2009
- MOURA RAMOS, Rui Manuel, Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional, Coimbra, 1991
- , «Direito Internacional Privado» in Estudos de Direito Internacional Privado e de direito processual civil internacional, vol. II, p. 99 e ss., Coimbra, 2007.

- , *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise geral das suas relações*, (reimp.), Coimbra, 1980.
- , «Direito Internacional Privado e Direito Comunitário. Termos de uma interação» in *Estudos de Direito Internacional Privado e de direito processual civil internacional*, vol. II, p. 145 e ss., Coimbra, 2007.
- , «*Droit international privé vers la fin du vingtième siècle: avancement ou recul?*» in *Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional*, vol. I, p. 167 e ss., Coimbra, 2002.
- , «Ferrer Correia e a codificação do Direito Português, em particular do Direito Internacional Privado» in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3976, ano 142.º (Setembro – Outubro), Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- , «*L'ordre public international en Droit Portugais*», in *Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional*, vol. I, p. 245 e ss., Coimbra, 2002.
- , «Linhas gerais da evolução do direito internacional privado português» in *Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional*, vol. I, p. 275 e ss., Coimbra, 2002.
- MOURA VICENTE, Dário, *Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*, Coimbra, 2001.
- , *Direito Comparado, Introdução e Parte Geral*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008.
- , «Liberdades comunitárias e direito internacional privado» in *Cuadernos de Derecho transnacional (Octubre 2009)*, Vol. 1, No 2, p. 179-220
- , «Método Jurídico e Direito Internacional Privado» in *Direito internacional privado, Ensaios*, vol. I., Coimbra, 2005, p. 7 e ss.
- OLIVEIRA, Elsa Dias, *Da Responsabilidade Civil Extracontratual por violação de Direitos de Personalidade em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2011.
- PEREIRA COELHO, Francisco Manuel, *O nexó de causalidade na Responsabilidade Civil*, (dissertação). Coimbra 1947.
- PICONE, Paolo, *La Riforma Italiana del Diritto Internazionale Privato*, Cedam, Padova, 1998.
- RABEL, Ernst, «*Comparative Conflicts Law*» in *Indiana Law Journal, Volume 24 | Issue 3 Article 2*, 1949.
- RIGAUX, François e Marc FALLON, *Droit International Privé*, 3ª ed., Éditions Larcier, Bruxelas, 2005.
- ROBERT MUSIL, *O Homem Sem Qualidades*, vol. I, trad. Prefácio e notas de João Barrento, 3.ª ed., D. Quixote, Alfragide, 2008.
- O'HARA, Erin Ann, e Larry E. RIBSTEIN, «*Conflict of Laws and choice of law*», p. 631 a 660, in *Social Science Research Network*, [disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1499311 e consultado a 14.09.2013], Novembro, 2009.
- , «*From Politics to Efficiency in Choice of Law*» in *Social Science Research Network* [disponível em http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=199849 e consultado em 14.09.2013], Janeiro, 2000.
- ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas: do direito das coisas em geral*. Coimbra, 1994.
- , *Escritos - Páginas de Direito*, vol. I, Livraria Almedina, Coimbra, 1998.
- TABORDA FERREIRA, «Considerações sobre a teoria do reenvio» in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 17, 1957, p. 45.
- , «Considerações sobre o problema das qualificações em direito internacional Privado», *SCIENTIA IURIDICA*, VIII, 1959, n.º 42/43, p. 386 e ss., n.º 44, p. 510 e ss., IX, 1960, n.º 48/49, p. 356 e ss.
- TEUBNER, Gunther *O Direito como sistema autopoiético*, trad. J. Engrácia Antunes, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.
- VAZ SERRA, Adriano Pais da Silva, «O papel do Juiz na interpretação da lei» in *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I – Ano I, n.º 1, p. 2 a 13, 1941.
- VERGÍLIO FERREIRA, *Carta para o Futuro*, Quetzal Editores, 2010.
- , *Do Mundo Original*, Livraria Bertrand, Lisboa, 1979.
- , *Escrever* (edição de Hélder Godinho), Bertrand Editora, Lisboa 2001.
- , *Espaço do Invisível*, vol. IV, Bertrand Editora, Lisboa, 1995.
- , *Espaço do Invisível*, vol. V, Bertrand Editora, Lisboa, 1998.
- , *Para Sempre*, Bertrand editora, Lisboa, 1996.
- WENGLER, Wilhelm, «*Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé*» in *Revue Critique du Droit International Privé*, n.º 1 (Janeiro – Março), p. 661 e ss., Sirey, Paris, 1954.
- ZWEIGERT, Konrad e Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, trad. Tony Weir, 3.ª ed., rev. Oxford, Clarendon Press, 1998.

ÍNDICE

| | |
|--------------------|---|
| NOTA PRÉVIA | 5 |
| PROLEGÓMENOS | 7 |

I.

O PRIUS REFLEXIVO E CONDICIONANTE DO DIP. PROBLEMATIZAÇÃO EM TORNO DO MÉTODO DO DIP: ENTRE INCIDENTES E CONDIÇÕES.

| | |
|---|----|
| 1. Do problema e do método do DIP: o problema jurídico plurilocalizado como <i>prius reflexivo</i> | 15 |
| 2. Incidentes discursivos congénitos ao esquema metódico. | 20 |
| α) Condições de possibilidade de mobilização | 21 |
| β) Condições de problematização | 22 |
| 3. A semelhança entre casos plurilocalizados e casos internos..... | 23 |
| 4. Entre incidentes e condições e o enquadramento do objecto a reflectir. Breve alusão à analogia e à falência do modelo silogístico-subsuntivo | 25 |

II.

DA QUALIFICAÇÃO E DA EXPERIMENTAÇÃO DE CRITÉRIOS MOBILIZÁVEIS: O QUADRO NORMATIVO UNITÁRIO DE SENTIDO ENTRE O FORO E O SISTEMA MOBILIZÁVEL EM CORRELAÇÃO COM O PROBLEMA JUDICANDO.

A. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

5. A operacionalidade das regras de conflitos especializadas: o reconhecimento de um sentido e de uma função.30
6. Força de expansão lógica dos conceitos-quadros e o esvaziamento em abstracto de um sentido específico do mesmo. Um mero arrimo a uma construção problemática do DIP33
7. Fundamento, factor operativo e centro polarizador da regra de conflitos especializada. Breve abordagem à referência pressuponte34
8. Um *candidato possível*: o critério normativo do sistema da *lex causae*37

B. DA QUALIFICAÇÃO: O PROBLEMA JUDICANDO EM CORRELAÇÃO COM UM QUADRO NORMATIVO UNITÁRIO DE SENTIDO

9. Primeira aproximação ao critério problemático do foro pela compreensão dos conceitos-quadros das regras de conflitos especializadas39
- α) O reducionismo problemático pela referência homóloga ao foro40
- β) A dilatação lógica do conceito-quadro pela via juscomparatística44
- γ) Uma inoperante problematização do conceito-quadro47
- δ) Posição adoptada48
10. Segunda aproximação ao critério problemático do foro em referência à peça que une o sistema conflitual do foro ao sistema mobilizável. Um esclarecimento prévio relativo ao objecto do problema da qualificação52
11. Um quadro normativo unitário de sentido: a construção problemática do Julgador entre o mediador conflitual e o sistema mobilizável; um dos pólos a considerar para o problema da qualificação53
12. Da qualificação: os *noemas em causa* e a estrutura noética que permite a sua aproximação. Consideração analítica dos limites da presente operação56
- α) Alusão ao *dépeçage* enquanto um *tomar de consciência* por parte do Julgador face à circunstância única do problema judicando.59

| | |
|---|-----|
| β) Uma derivação necessária pela consideração do juridicamente relevante ou irrelevante nos quadros do DIP: das dimensões constituintes do problema julgando..... | 62 |
| γ) O retomar do fio de <i>ariadne</i> : assunção problemática dos modelos de qualificação excogitáveis e a sua viabilidade. | 65 |
| 13. Entre condições de possibilidade de mobilização e um quadro normativo unitário de sentido: uma justificação necessária do caminho percorrido..... | 74 |
| C. CONDIÇÕES DE PROBLEMATIZAÇÃO: A EXPERIMENTAÇÃO DE CRITÉRIOS MOBILIZÁVEIS NO DIP | |
| 14. Experimentação de critérios nos quadros do DIP..... | 78 |
| 15. Antinomias normativas, primeira derivação sobre o tema | 83 |
| α) Um nexu incidível face à concepção de unidade do Sistema Jurídico | 84 |
| β) A capacidade de mobilização de certo critério normativo | 89 |
| 16. Antinomias normativas, segunda derivação sobre o tema: um critério material de solução e referências sobre o mecanismo da adaptação | 91 |
| 17. De volta ao problema julgando e às suas características congénitas que alteram o sentido da mobilização e da problematização: o exemplo da autonomia conflitual e da ordem pública..... | 102 |
| EPÍLOGO | |
| 18. Uma palavra final de afirmação e de reconhecimento | 106 |
| BIBLIOGRAFIA | 108 |

