

ESTUDOS  
SOBRE O  
CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

II

Das relações civis internacionaes

«Artigos 24.º e 27.º do código  
civil; exegese, applicação, e critica  
de doutrinas.»

(Dissert. de licenciatura)



A's minhas filhas

26 d'Abril de 1894.

# Prologo

Não bastavam para tractar, mesmo summariamente, todas as materias comprehendidas no argumento que pela Faculdade de Direito me foi dado para a dissertação de licenciatura, os 20 dias por lei marcados para a elaboração d'esta ordem de trabalhos. Factos dolorosissimos da minha vida intima vieram minorar ainda esse praso, impossibilitando-me de trabalhar durante alguns d'esses poucos dias. Taes razões explicariam sobejamente os erros e incorrecções d'este pequeno estudo, escripto á lufalufa, n'uma precipitação inevitavel, se a natural debilidade das minhas forças não fosse para isso motivo mais do que sufficiente. No entretanto, accedendo promptamente a publical-o, tive em vista não só corrigir algumas inexactidões que por erro de copia se encontram no manuscripto original, depositado na bibliotheca da Universidade—o qual, por falta absoluta de tempo, não pude escrever de meu proprio punho, e nem sequer lêr depois de escripto—mas ainda tornar conhecida a parte que, pela mesma indiscutivel razão, não poudeser copiada a tempo de ser presente no acto.

Muito fica ainda para estudar no Codigo Civil Portuguez, mesmo no campo restricto do Direito Internacional Privado;

# INTRODUÇÃO

---

## § 1.º — Noção e fundamento do Direito internacional privado

---

julgo-me, porém, dispensado de voltar a este assumpto, que um dos mais lucidos talentos da nossa terra, o sr. Dr. Guimarães Pedrosa, elegeu para objecto dos seus estudos, pois seria desconhecer o finissimo quilate d'aquelle brilhantissimo espirito suppor que, depois dos seus trabalhos, outros seriam ainda necessarios para completo esclarecimento da materia. Relembrando aqui, jubilosamente, a promessa, por elle feita, de futuras publicações, esperarei ancioso o seu breve cumprimento.

Pela minha parte continuarei estudando o nosso direito civil, e conto trazer dentro em pouco a lume outros trabalhos, se o favor do publico me não faltar. E' n'essa esperanza que eu subordino esta dissertação á epigraphe—*Estudos sobre o Codigo Civil Portuguez*—fazendo entrar na serie, com o numero I, o meu folheto, ha pouco tempo publicado, sobre as *Substituições fideicommissarias*.

Coimbra. maio de 1894.

Teixeira d'Abreu.

- 1.—Conflictos de direitos: suas causas. Noção de *Direito internacional privado*.
- 2.—Fundamento d'esta sciencia: a cortezia internacional (*comitus gentium*);
- 3.—Contin. Refutação d'esta theoria.
- 4.—Contin. A doutrina de Savigny.
- 5.—Transição.

1.—Causas de ordem diversa, que não importa assinalar aqui, tornando cada dia mais frequentes <sup>1</sup> as relações privadas entre individuos originariamente sujeitos a soberanias differentes, e levando os nacionaes de um paiz a crear relações juridicas afora dos limites assignados pelo territorio ao imperio da propria lei, dão origem a collisões de direitos <sup>2</sup> que a diversidade necessaria <sup>3</sup> das legislações nos

<sup>1</sup> «Aujourd'hui, grâce à la facilité toujours croissante des communications, les rapports internationaux ont pris un développement prodigieux. «Les chemins de fer, les expositions qui offrent périodiquement à l'admiration des visiteurs les produits du monde entier, les grands marchés où se débattent les intérêts du commerce international, ont multiplié les «points de contact et rendu les distances illusoirs. Les capitales de L'Europe regorgent d'étrangers, et les gouvernements les plus jaloux de leur «indépendance leur accordent une large hospitalité.» (Weiss — *Traité élémentaire de Droit international privé*, pag. xii).

<sup>2</sup> «... i pretesi conflitti fra leggi differenti non sono in realtà se non conflitti fra diritti di persone diverse, sottoposte a leggi differenti.» (Gabba, *Quistioni di diritto civile*, pag. 197).

<sup>3</sup> Apesar da tendencia para a unidade que a evolução das modernas

differentes paizes não permite evitar, mas que a todos importa resolver pela forma mais harmonica com o principio universal da Justiça. «Na verdade, escreve Mazzoni, quando se trata de relações juridicas que se formam e produzem os seus effeitos entre cidadãos do mesmo Estado, dentro do seu proprio territorio, e sobre bens n'elle situados, claro é que uma unica legislação tem de ser applicada. Mas se a relação juridica se forma entre pessoas, das quaes uma, ou ambas, pertencem a Estado diverso d'aquelle em que se encontram, ou sobre bens situados n'outra parte, então a qualidade das pessoas, o logar do seu domicilio, residencia, ou passagem, e a situação dos bens, põem em conflicto as varias legislações dos Estados a que os sujeitos do direito pertencem, com as d'aquelle em que se encontram. Pois, na verdade, se em consideração das pessoas deveria applicar-se a lei do Estado a que ellas pertencem, em razão do territorio deveria applicar-se a lei do paiz em que estavam ao nascer o direito ou em que estão situados os bens 1.

legislações está revelando, mormente no campo do direito comercial, seguimos a opinião d'aquelles que consideram a uniformidade das leis uma verdadeira *utopia*. A lei é sempre a resultante de necessidades diversas originadas nas circunstancias especies de cada paiz, e que, como bem diz o Sr. dr. Montenegro, constituem a sua caracteristica, e reflectindo-se na legislação, lhe imprimem uma modalidade especial. (*Da falencia em Direito internac.* Introduce. pag. 5). «A coexistencia de nações é um facto — escreve o Sr. Dr. Guimarães Pedrosa — e, em nosso entendimento, fatal. «Necessario, constante, indefenido, assim no espaço como no tempo. E por-que as leis, como diz Montesquieu, são as relações necessarias que derivam da natureza das cousas, a diversidade das legislações positivas dos «diferentes povos, que no presente é uma verdade patente e intuitiva, «será um facto igualmente necessario e constante no futuro.» (*Introduc. ao Estudo do Direito privado internacional*, pag. 11).

No mesmo sentido: Despagnet, (*Droit international privé*, pag. xii) — de cuja obra muito me servi n'este trabalho — dr. Arthur Montenegro (*obr. cit.*, pag. 5-40) e outros referidos por este.

Contra: Dr. Lucas Falcão (*Dissert. Incug.* pag. 3); Blunthselli (*Le droit international codifié*, pag. 3 e 4; e *Theorie generale de l'Etat*, pag. 25); Pinho de Andrade. (*Memoria apresentada ao Congresso juridico de Lisboa em 1889*).

<sup>1</sup> *Instituzione di Diritto Civil Ital.* 1.<sup>o</sup> vol., pag. 164-165.

A determinação da lei applicavel a estas relações jurídicas que —em razão da nacionalidade das partes interessadas, do lugar onde as mesmas relações tiveram origem, da situação do seu objecto, ou de qualquer outra causa— apresentam pontos de contacto com legislações diferentes, é objecto do chamado *Direito internacional privado* <sup>1</sup>.

2. — O principio fundamental d'esta sciencia foi por muito tempo desconhecido dos tratadistas. Intrincheirando-se na theoria pura, e idealisando um estado de cousas que a realidade cathegoricamente desmente, iam os antigos escriptores lilar na *cortezia internacional* (*comitas gentium*) a necessidade que cada Estado tem de applicar no seu territorio as leis estrangeiras.

Partindo do princípio de que *intra territorium omnia imperanti subjecta*, e admitindo a possibilidade, para cada Estado, de se isolar de todos os outros, chegavam á conclusão de que simplesmente por concessão graciosa da sua parte 2. feita no intuito de obter eguaes vantagens para os

<sup>1</sup> Não concordam os escritores quanto ao nome que melhor cabe a esta ciência. Chamam-lhe uns «*direito privado internacional*» (Guimarães Pedrosa); outros «*teoria dos conflitos das leis privadas*» (Despagnet, I.uber, Story); outros «*direito civil internacional*» (Laurent e Lomonaço); aqueles «*direito privado extraterritorial*» (Holland); etc. (Asser, *Elements de Droit international privé*, trad. de Rivier, pag. 4, not. 4; Weiss, *obra cit.* pag. xxxv; Giacomo Grasso, *Principii di Diritto internazionale*, pag. 220, not. 244).

Nós chamamos-lhe «*Direito internacional privado*», por ser o mais geralmente seguido, e visto não haver inconveniente em adoptar uma ou outra expressão desde que fixamos o seu verdadeiro sentido.

2 Parece ter sido Paulo Vitor, o primeiro que usou da expressão *comitas gentium*, em 1663 (*De Statutis corumque concursu*). Dos antigos seguiram esta theoria Boubhier, Huber, Boullenois; modernamente, além dos autores anglo-americanos (Story, Phillimore), segue-a ainda Felix, que escreve o seguinte: «Les législateurs, les autorités publiques, les tribunaux et les auteurs, en admettant l'application des lois étrangères, se dirigent, non pas d'après un devoir de nécessité, d'après une obligation dont l'existence peut être exigée, mais uniquement d'après des considérations

seus nacionaes pelo principio, geralmente admittido, da reciprocidade, é que as diversas nações permittiam a applicação das leis estrangeiras dentro do proprio territorio.

Mas similhante theoria é falsa nos seus principios, perigosa nas suas consequencias e absurda nas suas applicações.

3.—Não pode um povo furtar-se ao convívio dos outros povos, não pôde um Estado isolar-se dos outros Estados, fechando as suas portas ao estrangeiro, recusando todo o commercio com as outras nações, sem quebrar os vinculos que ligam, como que n'uma só familia, a humanidade inteira, sem arrastar sobre si represalias temerosas, pronuncios da sua breve ruina. O Japão e a China ahí estão para o attestar. Se no rigor da Theoria é aquella uma das consequencias da soberania, pode dizer-se com Despagne que essa consequencia é brutal <sup>1</sup>; pois a applicação das leis estrangeiras n'um Estado não offende, antes bem se concilia com os seus direitos soberanos.

Por outro lado, a paralisação das relações internacionaes é a primeira das suas desastrosas consequencias. «Com effeito, diz um escriptor, o estrangeiro não estando nunca seguro da conservação do beneficio da sua lei nacional cuja applicação depende do *interesse* e por consequente do capricho do paiz onde se encontra, deixará de fixar-se, d'um modo estavel, n'um territorio onde similhante theoria é consagrada, ou abster-se-ha d'ahi realizar operações importantes <sup>2</sup>.»

«d'utilité et de convenance réciproque entre les nations, *ex comitate, ob reciprocam utilitatem.*» (Asser, *obr. cit.* pag. 31).

<sup>1</sup> *Obr. cit.* pag. 25.

<sup>2</sup> *Obr. cit.* pag. 24.

Desde que é o *interesse* a unica norma de proceder com relação aos estrangeiros, encontram sempre natural explicação todos os rigores que para com elles haja, ainda os mais excessivos e os mais injustos.

O absurdo da sua applicação deriva logicamente da falta de um criterio que estabeleça a unidade nos julgamentos. Cada facto pode ser, e é, em regra, apreciado diversamente pelos diversos juizes sob o ponto de vista dos interesses que d'elle derivam, e consequentemente os tribunaes, cuja função é simplesmente *declarar* o direito e não creal-o, reconhecerão a um estrangeiro direitos que negarão a outro em identicas condições.

4.—Posta, assim, de lado a theoria da *comitas*, que implicitamente continha a negação do proprio direito internacional <sup>1</sup>, importa assignar a este a sua verdadeira base. A Savigny pertence a gloria de a ter estabelecido. A sua doutrina, a despeito da affirmação contraria de Lawrence, importa a negação d'aquella theoria.

Partindo do principio de que entre todos os povos chegados a um certo grau de desenvolvimento existe uma certa *communidade de direito*, isto é: uma maneira uniforme de comprehender e resolver os problemas juridicos, reconhece, é certo, o accordo amigavel dos Estados na admissão das

<sup>1</sup> Os escriptores que defenderam a theoria da *comitas* — diz Milone — «profanaram o proprio nome de *direito internacional* que formava o titulo «dos seus tratados.» (*Dei principii e delle regole del diritto internazionale privato*, pag. 3). Schaffner, considerava-a como simples poesia: «*Il giurista si mutò in poeta.*»

Mazzoni, porem, considera a *comitas* como uma expressão vaga, adoptada para exprimir um complexo de conceitos e relações internacionaes, quasi intuitivamente sentidos, mas mal comprehendidos. Foi a palavra que primeiro manifestou a convicção que se vinha formando na consciencia dos varios povos com respeito ao dever, para cada um d'elles, de dar effeitos no seu proprio territorio a muitas regras juridicas dos outros paizes. (*Obr. cit.* pag. 344).

leis originariamente estrangeiras entre as fontes a que os seus tribunaes devem recorrer para julgar muitas relações juridicas; mas esse accordo não é, como na *comitas*, «o effeito de uma pura benevolencia, o acto revogavel de uma vontade arbitraria, mas sim um *desenvolvimento proprio do direito*, seguindo em seu concurso a mesma marcha que as regras sobre collisões entre os direitos particulares de um mesmo Estado <sup>1</sup>.»

Por esta forma uma relação juridica deve ser uniformemente apreciada em todos os paizes, á face dos principios da razão universal. «Não é portanto, por cortezia internacional (*comitas*) que se aceita a applicação de uma lei estrangeira, escreve Despagnet, mas antes para realizar uma solução racional imposta pelo estudo d'uma relação de direito <sup>2</sup>.»

5.—Firmado o principio da extraterritorialidade das leis, assente que não podem os Estados deixar de admittir em certos casos a applicação de leis estrangeiras dentro do seu proprio territorio, cumpre averiguar agora qual o *critérium* que deve presidir á solução dos conflictos entre as diferentes leis, isto é, qual o principio que deve guiar-nos na preferencia a dar a uma ou outra de varias leis em conflito a proposito da mesma relação juridica.

<sup>1</sup> Savigny — *Traité de droit romain*, tomo VIII pag. 28 e seg.; Dr. Guimarães Pedrosa, *obr. cit.*, pag. 216.

<sup>2</sup> *Obr. cit.*, pag. 171. «Tambem não é a cortezia internacional, que fundamenta a exterritorialidade; sendo esta aconselhada, pelo estudo da relação juridica, a soberania é obrigada a acceptal-a, sob pena de abandonar «o campo do direito para se refugiar no do arbitrio. Ha tanta cortezia «para com as nações visinhas na observancia d'uma lei estrangeira, como «benevolencia para com os cidadãos no reconhecimento d'uma liberdade; «é um direito que é consagrado, um direito que, como todos os outros, «resulta do desenvolvimento intellectual e moral do povo em questão, do «seu estado de civilisação, das suas necessidades, do seu passado, e das «suas tendencias.» (dr. Arthur Montenegro, *obr. cit.* pag. 11-12).

## § 2.º — Da lei applicavel ás relações juridicas internacionaes

- 6.—Em Roma parece ter-se adoptado a *personalidade* das leis.
- 7.—Entre os barbaros seguiu-se a mesma doutrina.
- 8.—O systema da *territorialidade* domina na epocha feudal.
- 9.—Synthese das duas doutrinas.
- 10.—Regeitamos ambos os systemas.
- 11.—A theoria dos Estatutos; diversas especies d'estes.
- 12.—Distinção entre o estatuto pessoal e o real; a doutrina de Bartolo.
- 13.—Sua introdução em França; *Dumoulin*.
- 14.—Os estatutos *mixtos*; sua desnecessidade.
- 15.—Critica da doutrina dos Estatutos.
- 16.—Theorias modernas: a *territorialidade* das leis.
- 17.—Hans: systema da lei *presumidamente accepta*.
- 18.—Systema de Waechter.
- 19.—Savigny.
- 20.—A escola Italiana:
- 21.—Cont. A ordem publica internacional:
- 22.—Cont. A regra *locus regit actum*;
- 23.—Cont. A autonomia da vontade.
- 24.—Critica das doutrinas d'esta escola. A doutrina de Savigny é preferivel.
- 25.—Refutação d'algumas objeções contra esta apresentadas.
- 26.—Transição.

6.—A historia do mundo antigo apresentando-nos o estrangeiro como incapaz de direitos, explica os escassos vestigios de direito internacional que, talvez mais hypothetica do que realmente, têm sido encontrados nas suas legislações <sup>1</sup>. Em Roma, onde tantas gentes e tantas leis diversas coexistiam, os juriconsultos, ao que parece, não se preocupavam com o conflicto d'essas leis. Sobre os poucos e vagos textos do Direito romano que poderão referir-se á materia, architeto, todavia, o grande Savigny conjecturas que persuadem terem os Romanos adoptado o principio da *personalidade das leis*, que depois vemos continuar-se entre os Barbaros <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Giacomo Grasso, *obr. cit.* pag. 221 e 222; Asser, *obr. cit.* pag. 6 e nota 1; Despagnet, *obr. cit.* pag. 140.

<sup>2</sup> Despagnet, *obr. e loc. cit.*

7.—Ou fosse por causa do espirito de profundo individualismo que caracterisava os Germanos, como escreveu Montesquieu <sup>1</sup>, ou fosse por causa da sua altivez de conquistadores que não queriam associar os vencidos aos seus costumes nacionaes, como opina Savigny <sup>2</sup>, o certo é que os Barbaros deixaram subordinados ao seu direito de origem todos os que a sorte das armas sujeitara ao seu imperio <sup>3</sup>. No principio de cada processo o juiz interrogava as partes, não para lhes perguntar que lei queriam se lhes applicasse <sup>4</sup>, mas para determinar pela sua origem, qual a lei que deveria reger a relação juridica em questão.

Esta determinação deveria ser bem difficil, todavia, quando se encontrassem frente a frente individuos de nacionalidade diversa. Qual a lei que deveria prevalecer? Uns querem que fosse a do reu, outros que se applicassem ambas as leis; n'um e n'outro sentido referem os autores julgamentos <sup>5</sup>. Nada de positivo ha, porem, que nos elucide sobre o crite-

<sup>1</sup> *Esprit des lois*, liv. XVIII, cap. 2.

<sup>2</sup> *Hist. du droit romain au moyen-âge*, tom. I, p. 90, not. c, da trad. franc.—Bar. (cit. por Asser, *obr. cit.* pag. 7, not. 1) affirma que Savigny demonstrou ser errada a opinião de Montesquieu.

<sup>3</sup> Despagne, mais naturalmente, explica o facto pela impossibilidade que ha de submeter os vencidos ás leis dos vencedores, quando uma conquista violenta põe bruscamente em presença povos cujos costumes, religião e leis, são absolutamente diferentes e sem a menor analogia mesmo nos principios fundamentais. «C'est ainsi, acrescenta, que les Turcs ont compris l'impossibilité de soumettre à leur législation les Grecs, les Arméniens et les Slaves, et qu'ils ont dû laisser aux Européens l'application de leurs lois personnelles par des traités appelés les *Capitulations*; d'ailleurs les Anglais et les Français ont agi ainsi vis-à-vis des Indous, des Annamites, et des Algériens habitant leurs possession.» (*Obr. cit.* p. 142).

<sup>4</sup> Tal era a opinião de Montesquieu, *obr. e loc. cit.*

<sup>5</sup> A applicação da lei pessoal do reu era determinada pelo aforismo *auctor sequitur forum rei*; tal foi o principio seguido no processo movido, em 797, pelo rei de França á abbadia de Prüm. A applicação das duas leis parece ter sido feita na causa do mosteiro de Farfa (909-1014); mas ignora-se o modo porque se fez a sua conciliação. (Grasso, *obr. cit.* pag. 223, not. 248 e 249; Savigny, *obr. cit.*, tom. I.º capít. 3.º, § 46).

rio que presidia á applicação das duas leis, por vezes contradictorias.

Pouco durou, porém, este systema <sup>1</sup>.

8.—A implantação do feudalismo, associando em intima ligação a ideia de soberania com a da posse do solo, veio completar a transformação que n'aquelle estado de cousas se estava já operando pela ligação do individuo a uma comunidade politica, a qual, pouco a pouco, ia adquirindo predomínio sobre as pessoas e cousas dos que d'ella faziam parte <sup>2</sup>.

«Cada senhor teve, escreve Despagne, sobre o seu territorio, os seus exercitos, a sua jurisdicção, e tambem a sua lei; esta ultima, limitada na sua auctoridade ao dominio senhorial, era n'elle soberana absoluta, excluindo a applicação de qualquer outra: era o que depois se chamou *territorialidade das leis*» <sup>3</sup>.

9.—N'esta resenha historica, sucinta quanto a clareza o permite, dois systemas absolutos e exclusivos nos apparecem: o da *personalidade* e o da *territorialidade*.

Pelo primeiro cada Estado estende o seu imperio sobre todos os seus cidadãos, mas sómente sobre elles; o estrangeiro fica inteiramente subordinado á sua lei originaria, tanto no que respeita á sua pessoa, como no que respeita aos seus actos, e ao seu patrimonio. Ao contrario d'este, no systema

<sup>1</sup> O mais recente dos seus vestigios data de 933; é um *mallum* judicial que teve lugar em Narbona, onde figuram juizes de diferentes nacionalidades, correspondentes ás das partes. Concorreu para o seu desaparecimento a fusão das raças, que tornando impossivel a determinação da origem, destruiu o proprio fundamento do systema (Desp., *obr. cit.*, pag. 112.).

<sup>2</sup> Grasso, *obr. cit.*, pag. 223; Asser, *obr. cit.*, pag. 8.

<sup>3</sup> *Obr. cit.*, pag. 143.



da *territorialidade*, cada Estado legisla para todas as cousas e para todas as pessoas que se encontram no seu territorio, qualquer que seja a nacionalidade d'aquellas; mas nenhum imperio tem sobre os seus nacionaes desde que saem do paiz.

Antes de passar adiante convem que assignalemos desde já a sua verdadeira importancia, para que mais não tornem a embaraçar-nos.

**10.** — Ambos estes systemas são falsos e conduzem á negação do direito internacional privado.

O da *territorialidade* torna impossiveis os conflictos; desde que uma só lei impera n'um dado territorio, jamais pode achar-se em conflicto com outra lei. E desde que não ha conflictos, claro é que o Direito internacional privado não tem razão de existir <sup>1</sup>.

Mas se isto é realmente uma vantagem, como alguns escriptores pretendem, graves são os inconvenientes que, em compensação, apresenta; o absurdo das consequencias basta para a sua condemnação.

Peraute um tal systema não ha direitos certos, tudo depende do acaso de um deslocamento, embora momentaneo. Aquelle que é maior n'um paiz, e como tal no pleno gozo dos direitos civis, será considerado menor n'outro, onde por acaso viaje, ou fixe a sua residencia; os contractos que celebrar serão validos ou nulos conforme a lei do paiz onde se encontre.

Ora nas leis de um povo não podem deixar de imprimir-se os caracteres proprios d'esse povo; a raça, o clima, a historia, a religião, são outros tantos factores influido poderosamente sobre as legislações <sup>2</sup>. Subjeitar a uma mesma

<sup>1</sup> Conf. supra, n.º 1.

<sup>2</sup> Grasso, *obr. cit.*, pag. 238; *Journal du Droit international privé*, 1874, pag. 221.

lei individuos differentes sob cada um d'aquelles pontos de vista é substituir o direito pelo arbitrio, é negar o proprio fundamento do direito internacional.

O systema da *personalidade* <sup>1</sup> não é mais acceitavel do que o primeiro. A applicação cumulativa de leis differentes dentro do mesmo territorio, sem consideração alguma pelas conveniencias superiores do Estado, cujo é, além de tornar insoluveis os conflictos de direitos entre individuos subjeitos a leis differentes, importa, sobretudo, um ataque á soberania d'esse Estado. Negando o Direito internacional, como o systema da *territorialidade*, nega conjunctamente a razão de ser do proprio Estado, pelo desconhecimento dos seus direitos fundamentaes.

A existencia actual do Direito internacional, e os seus progressos indiscutíveis, significam a inanidade das theorias expostas.

**11.** — Eis-nos chegados agora ao apparecimento de uma nova theoria, que tendo creado o Direito internacional privado <sup>2</sup>, n'elle dominou soberanamente por muito tempo, contando ainda hoje adherentes entre os escriptores modernos: é a *theoria dos Estatutos*.

<sup>1</sup> A personalidade das leis, tal como a entendiam os Barbaros, não deve confundir-se com o Estatuto pessoal, de que depois fallaremos.

<sup>2</sup> Como ficou dicto, são da essencia do direito internacional privado os conflictos entre a *soberania pessoal* e a *soberania territorial*.

Antes do apparecimento da theoria dos Estatutos, ou se adoptasse o systema da absoluta personalidade da lei, como entre os Romanos e os Barbaros, ou o da absoluta territorialidade, como no regimen feudal, não tendo logar o antagonismo das leis, absurdo seria o formular regras para a sua solução.

A *theoria estatutaria*, reclamando a applicação simultanea das duas leis, reconhecem os conflictos em que esta sciencia teve origem. «C'est donc, escreve Weiss, avec la doctrine statutaire, qui, la première, a entrevu «la double souveraineté de la loi, que le droit international privé a vu le jour, et il semble téméraire d'en chercher l'origine dans des institutions «bien antérieures et depuis long temps disparues.» (*Obr. cit.*, pag. 260).

As flagrantes injustiças a que dava logar na sua applicação o *systhema* da territorialidade, cedo chamaram a atenção dos juriconsultos, que desde o seculo XIII procuraram introduzir-lhe algumas modificações tendentes a assegurar ao estado e capacidade das pessoas a fixidez de que carecem.

Devem-se aos glossadores estes primeiros esforços. O despreso que votavam aos *estatutos locaes* <sup>1</sup>, cuja força legal não podiam desconhecer, e a sua admiração quasi fanatica pelo Direito Romano, deram logar a uma primeira distincção, considerando este como *direito commum*, de applicação universal, ao passo que os Estatutos, como leis excepçõaes, somente imperavam no territorio onde tinham sido accitos.

Mas esta primeira opposição de um direito geral aos estatutos não bastava; o desenvolvimento do commercio exigia mais. E, com effeito, da necessidade que todos os povos commerciantes têm de acolher favoravelmente os estrangeiros, concedendo-lhes, nos limites do possivel, o reconhecimento da propria lei originaria, surgiu a distincção dos estatutos entre si. «On fut amené ainsi, diz um escriptor, à distinguer les statuts pour lesquels on s'en tiendrait aux dispositions de la loi locale, et appelés pour cela *réels*, de ceux pour lesquels on accepterait que l'étranger restât soumis aux dispositions de sa propre loi et que l'on qualifie, pour cette raison, de *personels*» <sup>2</sup>.

Estava assente o principio fundamental da theoria; faltava apenas, para completal-a, encontrar o *critérium* para separar os estatutos reaes dos pessoasaes.

<sup>1</sup> O seu desdem era tal pelos Estatutos locaes que os designavam pela expressão *Jus asinorum*, (Despagnet, *obr. cit.*, pag. 144). Como se vê os glossadores começaram por estabelecer a distincção entre o direito romano, de um lado, e os estatutos, em geral, do outro.

<sup>2</sup> Despagnet, *obr. cit.*, pag. 143.

**12.** — Bartolo, em cujos escriptos se encontram os primeiros vestigios scientificos d'esta theoria, <sup>1</sup> foi o primeiro a reconhecer a difficuldade de determinar quando o estatuto territorial deveria ceder perante um estatuto differente. Procedendo pelo estudo de especies, segundo o methodo escolastico, a sua doutrina não accusa um systema definido. Estabelecendo algumas regras relativas á capacidade, faz a distincção, depois, entre *incapacidades favoraveis* e *incapacidades odiosas*, conforme são estabelecidas em protecção da pessoa, como a menoridade, ou procedem d'um rigor injusto, como a incapacidade das filhas para succederem a seus paes. Aquella acompanhava as pessoas; a segunda não ia alem do territorio onde imperava o estatuto que a estabelecia <sup>2</sup>. Apesar d'estas e d'outras regras, por vezes as difficuldades eram taes que o proprio Bartolo se viu forçado a recorrer á construcção grammatical da disposição legislativa para determinar a qual dos Estatutos respeitava. E, assim, o estatuto seria pessoal, ensinava elle, se começasse fallando da pessoa, (*Primogenitus succedat in omnibus bonis*); seria real, se em primeiro logar se occupasse dos bens (*Bona decedentum veniant in primogenitum*) <sup>3</sup>.

Esta doutrina, seguida por muitos dos seus discipulos, foi regeitada por outros; e mais tarde vivamente combatida por Dumoulin, que a qualificou de *verbalis*, por assentar n'um jogo de palavras, e olhada com desprezo por d'Argentré <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Weiss, *obr. cit.*, pag. 216.

<sup>2</sup> Weiss, *obr. cit.*, pag. 217.

<sup>3</sup> Asser, *obr. cit.*, pag. 10, n.º 1; Grasso, *obr. cit.*, pag. 225; Despagnet, *obr. cit.*, pag. 145; Weiss, *obr. cit.*, pag. 217. Laurent, (*Droit civil intern.*, tomo 1.º, § 216) procura defender Bartolo da accusação de pueril que muitos escriptores dirigem á sua doutrina.

<sup>4</sup> D'Argentré achava tão extravagante o criterio apresentado por Bartolo, que, dizia elle, uma creança se envergonharia de o propôr. (Froland,

**13.**—Com a sua entrada em França, onde a organização feudal creara mais fundas raízes do que na Italia, a doutrina dos Estatutos soffreu uma modificação profunda. Aceitando, com Bartolo, o estatuto real e o estatuto pessoal, apoz varias tentativas e hesitações, estabeleceu Dumoulin o seguinte *critério* para entre si os distinguir: — *Si statutum agit in rem, reale est; si in personam, personale est* <sup>1</sup>.

Armados d'este principio os escriptores empenharam desde então todos os seus esforços em averiguar se uma determinada lei visava directamente as pessoas, ou os bens, para assim delimitarem pelo contheudo proprio de cada um dos estatutos, quaes as leis que produziam os seus effeitos fora do proprio territorio. Mas as difficuldades foram taes que raro foi o estatuto classificado de real ou pessoal por voto unanime dos autores, o que fez dizer a Hert: *In iis definiendis mirum est quam sudant doctores* <sup>2</sup>. N'esta incerteza

*Memoires sur les Statuts*, tomo 1.º, pag. 30, n.º 4, cit. Despagnet, pag. 146, not. 1).

<sup>1</sup> Não passou desaperecebido aos antigos escriptores que as leis se referiam, em regra, conjunctamente ás pessoas e ás cousas, e por isso recorreram, para a classificação respectiva, ao seu objecto principal. E assim por estatuto pessoal entendiam toda a lei que tinha por objecto immediato a pessoa, embora contivesse disposições accessorias relativas aos bens; por estatuto real entendiam toda a lei que tinha por objecto principal as cousas, ainda que as pessoas ahí intervissem accidentalmente.» (Dr. Guimarães Pedrosa, *obr. cit.*, pag. 185, Rupin, *Th. se pour le Doctorat*, pag. 74; Asser, *obr. cit.*, pag. 9). E convem advertir desde já que na doutrina dos estatutos os *moveis* não entravam n'aquella designação de *cousas*. Considerando a facilidade com que mudavam de logar, e estabelecendo a *presunção* de que ellas se encontrariam no domicilio do seu proprietario (*mobilia ossibus inhaerent, mobilia personam sequuntur*) applicavam-lhes, em principio, a lei pessoal d'este (P. Fiore, *Diritto internazionale privato*, trad. por Pradier—Foderé, pag. 316-317, e pag. 333, not. 1; Grasso, *obr. cit.*, pag. 224).

<sup>2</sup> Cit. por Desp., *obr. cit.*, pag. 148, e por Asser, *obr. cit.*, pag. 10, not. 1 — «Les auteurs statutaires, escreve Mailheur de Chassat, sont semblables à d'habiles maîtres d'ecrime qui commencent par se bader les yeux, se livrent ensuite les plus rudes assauts et, aidés d'une certaine industrie résultant de l'habitude et de l'instinct, se rencontrent quelquefois.» (*Traité des Statuts*, pag. 83; Weiss, *obr. cit.*, pag. 234).

de principios cada jurisconsulto adoptava a solução que melhor quadrava ás suas ideias, e o facto é que, tanto na escola Franceza, como na Hollandeza, a tendencia que se accentuava em Italia, na primeira phase d'esta doutrina, para favorecer o estatuto pessoal, restringindo o estatuto real, desapareceu por completo ante a tendencia contraria, que o espirito feudal alimentava <sup>1</sup>.

**14.**—A impossibilidade que muitas vezes apparecia na determinação do objecto principal d'um estatuto, onde pessoas e bens eram tomados em consideração, fez com que d'Argentré excogitasse um novo termo para a sua classificação — *os estatutos mixtos* — onde cabiam todas as disposições que não tivessem unicamente por objecto as pessoas, ou os bens. Esta distincção, sob o ponto de vista do seu auctor, era perfeitamente inutil, visto que elle equiparava estes aos estatutos reaes, para o effeito da territorialidade da lei. Seria, por isso, mais simples limitar a classificação a dois termos, considerando Estatuto pessoal somente aquelle que tinha por unico objecto a pessoa, e estatuto real qualquer outro, ou dissesse respeito exclusivamente a bens, ou a pessoas e bens.

Mas creada a distincção sobre ella vieram logo radicar-se novas divergencias dos escriptores <sup>2</sup>, alguns dos quaes pretendiam que, em vez de subordinar o estatuto mixto ao principio da territorialidade, se applicasse distributivamente a lei pessoal e a lei local, aquella para a parte relativa á pessoa, a segunda na parte relativa aos bens. Não se dizia,

<sup>1</sup> Despagnet, *obr. cit.*, pag. 146.

<sup>2</sup> «Aussi dans notre ancien droit, diz Charles Rupin, d'Argentré, et après lui Bullenois e Rodenburg avaient-ils admis une troisième espèce de statuts, les statuts mixtes, que tous les auteurs sont maintenant unanimes à rejeter. C'est d'abord une complication de plus, et ensuite on arriverait à n'avoir plus que des statuts mixtes.» (*obr. cit.*, pag. 74).

porem, o modo de alcançar este *desideratum*, o que augmentava ainda mais a parte que ao arbitrio já pertencia na doutrina dos Estatutos.

Mais tarde J. Voet applicou esta designação ás leis relativas ás formalidades dos actos juridicos, adoptando o adagio, que hoje é um principio universalmente acceito, de que *locus regit actum*.

Por fim a confusão foi tal que Bouhier e P. Voet propozeram que um estatuto se considerasse real ou pessoal, segundo era *de facto* applicado ou não fóra do territorio onde tinha força de lei <sup>1</sup>, o que envolvia uma petição de principio: o estatuto era *pessoal* se tinha effeitos fora do territorio, mas só tinha effeitos fora do territorio se fosse pessoal.

**15.**—A doutrina dos Estatutos assentava, pois, no falso principio de que *todos os costumes são reaes*, justificando pela cortezia internacional (*comitas*) as excepções, mais ou menos numerosas, que os escriptores lhe assignavam conforme o seu espirito mais ou menos liberal. O que vale esta ultima theoria já precedentemente o demonstrámos; a falsidade d'aquelle principio tambem a deixámos registada. «Les lois sont faites, en règle générale, par chaque législateur en vue de la situation particulière de ses nationaux, en tenant compte de diverses influences de mœurs, de traditions, de climat, dans lesquelles ils peuvent être placés.» De razão é portanto que cada individuo fique, em regra, sujeito á sua propria lei, qualquer que seja o logar e a situação em que se encontre. É, pois, o principio da *personalidade* das leis, e não o de territorialidade, que deve servir de principio fundamental á verdadeira theoria <sup>2</sup>, applicando-se as leis

<sup>1</sup> Despagnet, *obr. cit.*, pag. 149.

<sup>2</sup> «La distinction proposée par les statutaires entre les lois *personnelles* et les lois *réelles* est inutile et arbitraire. Toutes les lois, en effet, sont

territoriaes sómente quando a ordem publica dos Estados assim o exigir.

Sob o ponto de vista pratico, a condemnação da theoria dos Estatutos foi lavrada *ab initio* pelos seus proprios defensores, que, não chegando a accordo relativamente ás suas applicações, demonstraram o perigo, senão a inutilidade, de a seguir. A sua analyse mostra, com effeito, que ella enferma de grandes vicios.

a) É demasiado *vaga*; o legislador refere-se, em regra, ás pessoas e ás cousas em cada uma das suas disposições; investigar qual fosse a sua intenção, afim de determinar o objecto principal da disposição, e, consequentemente, classificar-a no estatuto real ou pessoal, é quasi sempre impossivel, e em todo o caso arriscado. O criterio, pois, fornecido pela theoria dos Estatutos, não leva a resultados positivos <sup>1</sup>.

b) É tambem *insufficiente* para resolver todos os conflictos: ha relações juridicas tão complexas, que não é bastante dizer que têm de ser regulados pelo estatuto pessoal, ou pelo estatuto real, para que desappareçam as difficuldades. Assim, n'um contracto, é preciso apreciar a capacidade dos contractantes, o sentido da sua convenção, a natureza do objecto sobre que recae, e as formalidades que constatarem o acto juridico. A simples distincção entre o estatuto real e o pessoal não conduz a essa apreciação complexa.

*personnelles*, en ce sens que toutes procèdent plus au moins de la personne; et ceci est vrai même des lois qui s'occupent plus particulièrement et plus directement de son patrimoine. Avant tout ces lois se proposent de pourvoir au bien-être et à l'utilité de l'homme, qui est l'objet essentiel de leurs dispositions, auquel tout se rapporte, et ce n'est qu'exceptionnellement que l'on trouve parmi les règles relatives aux biens certaines prescriptions ou certaines prohibitions commandées par l'intérêt général de la société, et dont nous verrons ci-dessous que l'État ne peut se départir. Lois personnelles, et lois prétendues réelles ne gouvernent donc en général que ceux pour qui elles ont été faites, mais les accompagnent partout où il leur plaît de se rendre.» (Weiss, *obr. cit.*, pag. 244-245).

<sup>1</sup> Foi decerto o reconhecimento d'esta verdade que levou Froland a invocar as Musas, no principio das suas *Memorias sobre a natureza dos Estatutos*.

c) Finalmente, reduzindo todas as disposições legais aos dois estatutos real e pessoal, desconheciam os antigos escriptores a natureza íntima de certas regras de direito que não se referem mais á condição jurídica dos bens do que á das pessoas; taes são as que respeitam ás formalidades dos actos jurídicos, e á interpretação dos contractos. Aquella doutrina era, pois, demasiadamente *absoluta*, por isso que incluía nos estatutos disposições que deviam por sua propria natureza, permanecer fóra da classificação. <sup>1</sup>

Mas se por estes fundamentos a regeitamos, devemos todavia reconhecer, com Weiss, <sup>2</sup> que ella representa um progresso notavel sobre os principios da personalidade e territorialidade absolutas. Como bem o disse Savigny «on ne saurait la rejeter comme complètement fausse; car elle est susceptible des interpretations et des applications les plus diverses, parmi lesquelles peuvent s'en rencontrer de tout à fait justes.» <sup>3</sup>

**16.** — Reconhecida a insufficiencia da doutrina dos Estatutos, muitos escriptores modernos se têm empenhado em descobrir os verdadeiros principios que devem presidir á escolha da lei applicavel nos conflictos de direitos.

Os juriconsultos anglo-americanos, peados nas suas concepções pela tradição feudal que se reflecte no seu direito commum (*common law*), pugnam ainda pelo principio da territorialidade das leis, embora temperado nas suas consequências absurdas pelas concessões graciosas, que a theoria da *comitas* justifica.

O que a respeito d'ambos já dissemos, dispensa-nos de

entrar aqui na critica demorada d'este systema, que até os proprios inglezes já vão declarando insufficiente. <sup>1</sup>

**17.** — O systema da *lei presumidamente acceita pelas partes*, defendido por Hauss, permite que por uma subordinação voluntaria á lei estrangeira, as partes illudam as prescripções, ainda as mais imperativas, da sua lei nacional, pondo, assim, a vontade d'ellas acima da do proprio legislador, o que não se coaduna com os direitos da soberania. E por outro lado, praticamente, envolve enormes difficuldades de applicação pela quasi impossibilidade de descobrir qual seria a vontade das partes, quando ellas a não tenham manifestado claramente.

**18.** — Cabem a Waechter as honras de ter aberto á sciencia do direito internacional privado um novo caminho. Partindo da consideração de que o juiz deve considerar-se sempre adstricto á vontade do legislador, cujo interprete é, assenta que, no silencio d'este sobre o modo de regular uma qualquer relação jurídica, deve o juiz indagar o *sentido e o espirito de cada uma das regras do direito*. <sup>2</sup>

Foi este principio, no dizer de Grasso, que deu origem á doutrina de Savigny. <sup>3</sup>

<sup>1</sup> Westlake, cit. por Lawrence, tom. III, pag. 56 e 57.

<sup>2</sup> «E questo era il punto de partenza esatto, che è merito essenziale del sistema di Waechter avere ritrovato.» Grasso, *obr. cit.*, pag. 229. E de notar que Despagnet (*obr. cit.*, pag. 168) parece entender por forma differente este systema que elle apresenta como mandando preferir a lei que *respeitasse os direitos adquiridos*. Ainda que esta regra não involvesse uma petição de principio, o systema não seria mais accetavel, porquanto diversas leis em conflicto podem respeitar os direitos adquiridos, não havendo assim meio de desfazer o antagonismo.

<sup>3</sup> Grasso, *obr. e loc. cit.* No entanto Weiss parece ser de opinião contraria quando afirma (*obr. cit.*, pag. 237) que o ponto de partida da theoria de Savigny é muito differente do de todas as outras escolas anteriores. Afigura-se-me, tambem, que entre as duas doutrinas ha uma differença

<sup>1</sup> Despagnet, *obr. cit.*, pag. 154 e 155.

<sup>2</sup> Weiss, *obr. cit.*, pag. 232.

<sup>3</sup> *Traité de Droit romain* (trad. de Guenau), tom. VIII, pag. 123.

19.— O sabio escriptor allemão, cuja obra exerceu tão poderosa influencia no mundo juridico, Federico Carlo di Savigny, assignando ao Direito internacional privado o seu verdadeiro fundamento (supra n.º 4) desenvolve no tomo VIII do seu *Tratado de Direito Romano* uma nova theoria do conflicto das leis. O character pessoal ou real das leis cujo conflicto se procura evitar, ou se pretende resolver, o lugar onde a relação juridica teve origem, ou aonde a sua execução se pede, têm para elle uma importancia secundaria. Partindo do principio da *communidade do direito* entre os povos, chega á conclusão de que, quando o juiz se encontra em presença d'um conflicto de leis o seu primeiro dever é examinar com todo o cuidado a natureza do facto juridico em questão, e, determinada ella, procurar qual é a lei que melhor convem á materia, fazendo a sua applicação sem se preoccupar com o facto de ella ser obra d'um legislador estrangeiro. Partindo d'este principio, Savigny conclue por indicar como reguladora do estado e capacidade das pessoas a lei do seu domicilio; as cousas, sem distincção entre moveis e immoveis, devem ser reguladas pela lei da situação; a forma externa dos actos pela lei do lugar onde forem praticados; e finalmente a validade intrinseca e o effeito das obrigações, pela lei do lugar onde devem ter execução, a não ser que outra seja a vontade claramente manifestada das partes, ou que a natureza das cousas imponha outra solução <sup>1</sup>.

importante. No systema de Waechter o juiz examina a natureza da relação juridica somente para descortinar qual o pensamento do legislador; a regra é, pois, só para o juiz. Na doutrina de Savigny aquelle exame é para determinar qual a lei que melhor convem áquella relação; é para o juiz e para o legislador.

Mas será assim?

<sup>1</sup> N'esta parte da dissertação procurei simplesmente apontar o principio fundamental da theoria, deixando o seu desenvolvimento para quando se tractar de cada uma das classes de relações juridicas. Teremos então

No entretanto, como toda a soberania tem o direito de defender-se e conservar-se, Savigny faz áquelle principio as restricções que este direito impõe, declarando que as leis *prohibitivas*, inspiradas no interesse commum, obrigam todos os habitantes do territorio, qualquer que seja a sua nacionalidade. <sup>1</sup>

20.— Na Italia, devido talvez a razões de ordem politica, appareceu modernamente uma nova theoria, affirmada primeiro pelo illustre Mancini, <sup>2</sup> em 1851, e adoptada desde logo por muitos escriptores.

Acceptando o principio da *communidade de direito*, enunciado por Savigny, esta theoria erige em principio unico do direito internacional a *nacionalidade*, isto é a *personalidade* do direito limitada pelas exigencias da *ordem e do direito publico*. Weiss, que é um dos seus partidarios, resume nas seguintes palavras o seu fundamento e o seu alcance: «A lei, quando dispõe sobre um interesse privado, tem sempre em vista a utilidade da pessoa; não pode reger senão aquelles para quem foi feita; mas estes, em principio, deve regel-os em todos os logares e em todas as relações juridicas, salvas as excepções ou attenuações que resultam: A) da or-

ocasião de ver que o proprio Savigny nem sempre conseguiu fazer exacta applicação dos seus principios, o que, por emquanto, seria prematuro. A este proposito, como em toda a *Introdução*, eu exorcei-me, alem d'isto, por ser o mais synthetico possivel, não só porque o assumpto foi proficientemente tractado pelo sr. professor Guimarães Pedrosa, na sua *Dissertação Inaugural*, mas ainda por ser outro o objecto principal d'este trabalho.

<sup>1</sup> Estas leis são as que a escola Italiana chama de *ordem publica internacional* (conf. infra, n.º 21), designação que nós adoptaremos. Podem, porem, revestir a forma *preceptiva* sem perderem o seu character. Weiss, *obr. cit.*, pag. 236 e seguintes; Grasso, *obr. cit.*, pag. 229; Despagnet, *obr. cit.*, p. 171 e seguintes. No dizer de Weiss a theoria de Savigny não cortou a difficuldade; apenas a deslocou, pois é muito difficil e delicado o exame da natureza intrinseca da relação juridica. Mais adiante responderemos a esta objecção (infra, n.º 25).

<sup>2</sup> Grasso, *obr. cit.*, pag. 230.

dem publica internacional; B) da regra *locus regit actum*; e C) da autonomia da vontade»<sup>1</sup>.

21.—A) Por *ordem publica* entende-se o complexo de disposições legais que, segundo as ideias admitidas n'um paiz, são consideradas como respeitando aos interesses essenciaes d'esse mesmo paiz<sup>2</sup>. Não deve, porém, confundir-se a ordem publica *internacional*, de que aqui se tracta, com a ordem publica *interna*, de que por vezes se falla nas legislações privadas; aquella é um ramo d'esta. Com effeito ha disposições que o legislador estabelece no intuito exclusivo de salvaguardar os interesses dos seus nacionaes, unicos que elle tem em vista; ao passo que outras respeitam ao interesse colectivo do Estado, e dirigem-se, por isso, a todas as pessoas. As primeiras são de ordem publica *interna*, só obrigam os nacionaes; as segundas são de ordem publica *internacional* e o seu respeito impõe-se a todos os que se encontram no territorio d'esse Estado, quaesquer que sejam as disposições das suas leis originarias. É vaga e pouco precisa esta noção, mas a propria cousa em si, não o é menos. «O interesse geral, que é a base da ordem publica internacional, escreve Weiss<sup>3</sup>, é cousa essencialmente variavel; não era hontem o que hoje é, sendo por isso util permittir aos juizes que modelem as suas decisões em harmonia com as circumstancias, com a marcha das ideias, e com o progresso ou alteração dos costumes»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> *Obr. cit.*, pag. 241.

<sup>2</sup> Despagnet, cit., pag. 175.

<sup>3</sup> *Obr. cit.*, pag. 249.

<sup>4</sup> «La notion de l'ordre public international est donc contingente; elle subit la loi du temps et du milieu, et il serait fâcheux qu'elle fût condamnée à l'immobilité par une définition législative, qui serait nécessairement imparfaite.» (Weiss, *obr. cit.*, pag. 249).

Esta restricção feita ao principio da personalidade da lei encontra o seu fundamento no direito que cada Estado tem á sua propria conservação<sup>1</sup>.

22.—B) A regra *locus regit actum*, acceita por todas as theorias, firma a validade dos actos regulados nas suas formalidades extrinsecas pela lei do logar onde foram praticados. O seu fundamento traz divididos os escriptores, que ora vão buscar-o á submissão voluntaria e momentanea do estrangeiro á lei do local onde se encontra, como Hert, ora ao consenso unanime das nações, como M. de Bar, ora á natureza intima da regra e á utilidade pratica da sua applicação, como Weiss, ou á necessidade, como Despagnet<sup>2</sup>.

23.—C) Em todas as legislações ha uma parte que é puramente *voluntaria*. No proposito de acautelar os interesses dos seus nacionaes o legislador estabelece regras tendentes a regular certos actos, no presuposto de que as partes interessadas deixariam de prever e regular todas as suas consequencias. Esta parte do direito dos povos pode considerar-se, pois, como verdadeiramente subsidiaria da vontade das partes; onde estas guardaram silencio vem o legislador affirmar qual foi a sua intenção.

É, por isso, da propria natureza d'estas disposições o poderem ser ou não respeitadas pelas partes; de razão é,

<sup>1</sup> No entretanto, ainda que certos actos não possam praticar-se n'um paiz por serem contrarios á *ordem publica*, nem por isso, as vezes, deixa de reconhecer-se a sua validade, e, consequentemente, os seus effeitos, n'esse mesmo paiz, quando elles tenham sido praticados n'outro logar onde as exigencias da *ordem publica* sejam menores. Assim, por exemplo, um turco não pode casar em Portugal com mais do que uma mulher, porque entre nós é prohibida a polygamia simultanea; mas se elle casar na Turquia com duas mulheres, os fillos de ambas ellas são reconhecidos entre nós, para todos os effeitos, como legítimos. Não deve, pois, confundir-se o acto em si, com as suas consequencias.

<sup>2</sup> Weiss, *obr. cit.*, pag. 253; Despagnet cit., pag. 318.

pois, que as leis não imponham aos estrangeiros a subordinação a regras que os seus proprios nacionaes podem deixar de cumprir.

Tal é o fundamento da ultima restricção imposta pela escola italiana ao principio da *personalidade das leis*.

**2.1.**— Dos livros passou já para a lei a doutrina d'esta escola. Devido aos esforços de Mancini o Codigo civil Italiano reconhece, nos seus art.<sup>os</sup> 3 a 12, os principios fundamentaes da theoria, affirmando o verdadeiro character das leis, e desembaraçando-se d'esse incommodo e injustificavel principio da *reciprocidade* <sup>1</sup>, que ainda hoje sujeita em muitos paizes os direitos do estrangeiro aos que nas suas leis são garantidos aos nacionaes do logar onde se encontra.

No entanto esta theoria tem um defeito, que é commum a quasi todas as outras: repousando n'um criterio demasiadamente geral, não resolve todos os possiveis conflictos das leis. Por outro lado erige em principio unico a *nacionalidade*; ora se, no dizer de Despagne, é preciso reconhecer que ha um certo numero de relações juridicas sobre as quaes a nacionalidade não tem influencia alguma, «observando la natura speciale dell'obietto d'el diritto internazionale privato, si scorge che un principio unico da cui dirivino come de una verità universale tutte le norme secondarie e che contenga il segreto delle soluzioni d'ogni conflitto, non è nemmeno possibile. Son tanti e tanto diversi i rapporti che devonsi regolare, tanti e tanto remoti ed estranii l'uno all'altro gli interessi che devonsi conciliare, che è utopia il

<sup>1</sup> «O principio da reciprocidade, escreve o sr. Tavares de Medeiros, é demasiadamente inerte e egoista, como quem espera dos outros o que recusa dar-lhes espontaneamente, e, como tal, é evidentemente improprio de um sistema de direito baseado na natureza humana, que considere cada individuo como collaborador dos progressos da humanidade a que pertence.» (*Da Reciprocidade Internacional*, pag. 28).

credere di poter trovare in un unico principio la chiave per la soluzione d'ogni difficoltà» <sup>1</sup>.

**2.5.**— Para nós a verdade está na doutrina de Savigny; é pelo estudo da natureza das relações juridicas que deve determinar-se qual a lei applicavel a cada uma d'ellas.

É certo que o papel do jurisconsulto, como observa um escriptor, não é dos menos difficeis, por ser quasi sempre muito delicada a analyse, que se lhe pede, da natureza intrinseca da relação juridica; mas tem esta doutrina ao menos a vantagem de evitar as soluções injustas, e por vezes contradictorias, a que naturalmente conduz um criterio vago, ou arbitrario, como é o das outras escolas.

No entretanto a doutrina de Savigny recebeu duros e violentos ataques; mas de todos elles sahio illeso o seu principio fundamental. Com effeito a critica regeitava o criterio apresentado, partindo das falsas applicações que Savigny d'elle fez, preferindo a lei do *domicilio* para regular relações que por sua propria natureza se reconhece deverem ser regidas pela lei de *nacionalidade*. Importa isto a negação da theoria? Por modo algum. Prova simplesmente a difficuldade do exame da natureza das relações juridicas, que o proprio Savigny nem sempre comprehendeu. Como diz Despagne, «il ya lieu d'espérer que les inspirations de la raison et du droit seront par tout écoutés» <sup>2</sup>.

A escola Italiana, estabelecendo o principio da nacionalidade, não fez mais do que generalizar para todas as hypotheses um principio que o exame das relações juridicas aponta como sendo verdadeiro apenas para uma grande parte d'ellas <sup>3</sup>. N'isso está o seu principal defeito.

<sup>1</sup> Grasso cit., pag. 233-234.

<sup>2</sup> *Obr. cit.*, pag. 172.

<sup>3</sup> Despagne, cit., pag. 180.



**26.**—Posta a theoria resta agora comproval-a nos seus resultados praticos. Tomando para ponto de partida as disposições dos artigos 24.º e 27.º do Código Civil Portuguez, faremos, na primeira parte d'este trabalho, conjunctamente com a sua exegese, a critica da doutrina n'elles consignada; reservando para a segunda parte o estudo de applicação ao direito civil portuguez, nos limites do possível, dos principios geraes consignados n'aquelles artigos.

## PARTE 1.<sup>a</sup>



### Dos principios

## CAPITULO I

### Do estado e da capacidade civil

- 
- 27.— Razão d'ordem.  
28.— O estado e a capacidade civil devem ser regulados pela lei do domicilio; argumentos em favor d'este systema;  
29.— Sua refutação; o systema da nacionalidade.  
30.— Ambos apresentam inconvenientes; os termos verdadeiros da questão.  
31.— Motivos de preferencia do segundo systema.  
32.— Legislação comparada; a doutrina do Codigo civil portuguez.  
33.— A lei nacional regula tanto a capacidade geral, como a capacidade concreta; opinião do sr. Dias Ferreira.  
34.— O codigo tem somente em vista os actos que hajam de produzir os seus effeitos no reino; razão d'esta doutrina.  
35.— A lei portugueza não é applicavel à capacidade dos estrangeiros residentes entre nós, ainda quando a sua lei nacional adopta o systema do domicilio.  
36.— Cont. Razões da nossa opinião.  
37.— Dificuldades de applicação do principio da nacionalidade.  
38.— Qual a nacionalidade que prefere, quando um individuo tenha mais do que uma?  
39.— Cont. *Quid*, quando um individuo não tem patria?  
40.— Cont. A doutrina do nosso Codigo.

27.— É quasi unanimemente acceito pelos autores de Direito internacional que uma só lei deve regular o estado e a capacidade das pessoas; as divergencias, porem, accentuam-se quando se procura determinar essa lei.

Posta de parte a lei territorial, ainda mesmo pelos adversarios do systema da personalidade do direito, ficam, porem, no campo, vigorosamente sustentados, dois principios adversos — o do *domicilio* <sup>1</sup> e o da *nacionalidade*. No-

<sup>1</sup> Alguns escriptores têm empregado a palavra *domicilio* como synonima de *nacionalidade*. O proprio Savigny parece não ter escapado à confusão

mes illustres na sciencia, Savigny, D'Argentré, Bourgoigne, Bulle-nois, etc., propugnam pelo primeiro; outros não menos illustres, Asser, De Bar, Laurent, Stoerk, contrapõem á auctoridade d'aquelles a sua propria auctoridade em defeza do segundo. Ouçamos os seus argumentos; a logica indicará em qual dos campos fluctua o estandarte da verdade.

**28.**—O *domicilio*, dizem os partidarios d'esta doutrina, resulta da vontade reflectida do interessado; é lá que a maior parte dos seus negocios se realisa, que os seus interesses moraes e materiaes se centralisam. Ora esta escolha do interessado importa a sua tacita submissão á lei em vigor no logar onde se fixou. A nacionalidade, pelo contrario, resulta do acaso do nascimento; e seria desacatar o direito de liberdade individual sujeitar qualquer pessoa a uma lei que ella não acceitou.

Alem d'isto, acrescentam, a nacionalidade não é em muitos casos facil de determinar dando, assim, origem a conflictos insolúveis. Com effeito as divergencias entre as leis dos differentes paizes são taes que individuos ha tendo mais do que uma nacionalidade, ao passo que outros não tem nenhuma <sup>1</sup>.

Como applicar aqui o principio da nacionalidade?

quando escreve: «Pour le sujet prussien la capacité d'agir se juge d'après le droit prussien, le droit de son domicile, quel que soit le lieu du contract, la Prusse ou un autre pays.» (*Obr. cit.* pag. 151). Entre nós, o sr. Francisco Beirão, caiu tambem na mesma inexactidão (*Gazeta da assoc. dos Advog.* anno 3.<sup>o</sup> pag. 14). Todavia as differenças são palpaveis: individuos com a mesma nacionalidade podem ter domicilios differentes, e, vice-versa, pessoas de nacionalidade differente podem estar domiciliadas no mesmo logar.

<sup>1</sup> Os estados confederados são, no dizer de Despagne, os que mais subjeitos estão a este duplo inconveniente. Na Suissa, onde as pessoas sem patria (*Heimathlosat*) abundavam, procurou-se remediar o mal por uma lei de 3 de dezembro de 1850. Os inconvenientes graves que derivam d'este estado de cousas têm chamado a attenção dos escriptores, e é licito esperar para breve que elle desapareça por accordo entre os diversos Estados.

E ao argumento dos seus adversarios, tirado da propria natureza e fim das leis <sup>1</sup>, respondem, finalmente, os partidarios do domicilio: que nem todas as leis relativas ao estado e capacidade das pessoas têm a allegada relação intima com o clima, a raça, etc.; mas, quando mesmo a tivessem, o argumento involveria por igual a condemnação do principio da nacionalidade, visto que um individuo, mudando de nação, passaria desde logo a reger-se por uma lei que para elle não foi feita.

**29.**—É um erro suppor que o domicilio, dizem por seu lado os partidarios da *nacionalidade*, resulta da vontade reflectida das partes; a observação diaria dos factos mostra que o domicilio é antes um facto puramente accidental, derivando das differentes necessidades da vida, dos interesses diversos que levam o individuo a fixar-se n'um ou n'outro logar. Concluir d'aqui para a sua submissão voluntaria e presumida á lei do logar onde se fixou, é reavivar as velhas ideias feudaes que ligando o individuo ao solo o subordinavam ás leis do logar onde se achava (Mancini).

Por outro lado não é menos verdade que a nacionalidade é mais facil de constatar do que o domicilio, o qual facilmente se confunde com a residencia. Se é certo que um individuo pode ter muitas, ou não ter nenhuma nacionalidade, esses inconvenientes são communs ao systema contrario. Pois não pode uma pessoa ter mais do que um domicilio, ou mesmo não ter nenhum?

Demais, a doutrina do domicilio é contradictoria, pois reconhecendo a necessidade de regular por uma unica lei o estado e a capacidade das pessoas, fixa, para determinar essa lei, um criterio que, pelas mudanças frequentes e ne-

<sup>1</sup> Conf. infra n.<sup>o</sup> 31.

cessarias de domicilio, envolve a negação d'aquelle proprio principio <sup>1</sup>.

**30.**—Entre os dois principios e entre as duas argumentações a escolha não é facil, escreve Asser <sup>2</sup>. Não pode, com effeito, negar-se que ambos os systemas apresentam inconvenientes; bem se evidenciam elles nos argumentos que ficam expostos. Isso nos indica, porem, que a questão tem de ser posta n'outros termos; desde que nenhuma das doutrinas é isenta de defeitos, os nossos esforços devem tender a determinar qual d'ellas os tem menores, e merece, portanto, preferencia.

**31.**—Designa-se pela expressão *estado d'uma pessoa* o conjunto das suas qualidades juridicas, maior, menor, casado, filho legitimo, illegitimo, etc., e por *capacidade* a aptidão para praticar actos juridicos, para ter direitos e poder exercel-os, para ser onerado por obrigações <sup>3</sup>. Como ensina Weiss, o

<sup>1</sup> «Questo nuovo principio, (a nazionalità), o più esattamente, questa nuova forma dell'antico principio, scrive Mazzoni, rende stabile la legge personale; poichè le mutazioni di patria sono avvenimenti straordinarissimi rari; mentre al contrario il domicilio può mutarsi. Aggiungasi che il cambiamento di questo può aver cause lievi, passeggiere, d'ordine meramente pecuniario; la patria invece non si abbandona, senon per cagioni gravissime, perpetue, e in vista d'interessi anco morali» (*obr. cit.* pag. 349).

<sup>2</sup> *Obr. cit.* pag. 55, n.º 22.

<sup>3</sup> «Comprehendem-se nas leis sobre o estado e a capacidade, diz Asser, as que respeitam á qualidade de filho legitimo, illegitimo, maioridade, menoridade, estado de casado, celibato, divorcio, filiação, patria poder, adopção, emancipação, tutela, auctoridade marital, direitos da mulher casada.—N'uma palavra—todas as leis que determinam as relações juridicas d'uma pessoa com a sua familia, bem como aquellas que determinam se ella é capaz, e em que medida, de praticar actos juridicos.» (*Obr. cit.* pag. 46).

«As circumstancias ou qualidades, diz Coelho da Rocha, é portanto o estado dos homens, podem variar ao infinito; não sendo, porisso, possível indical-os todos...» (*Inst. de Dir. Civ.* tom. 1.º pag. 35 not. ao § 55).

estado de uma pessoa consiste *no que ella é*; a sua capacidade consiste *no que ella pode* em face do direito.

Ora se para as leis em geral, como diz Montesquieu, devem ter-se em conta as condições especiaes em que se encontram os individuos para quem são feitas, é nas leis relativas ao estado e á capacidade que mais profundamente se reflectem os caracteres proprios d'um povo—o seu clima, a sua raça, a sua historia, a sua religião, os seus preconceitos mesmo <sup>1</sup>. É, pois, de razão que seja a lei nacional aquella que por toda a parte acompanhe o individuo, regulando o seu estado e a sua capacidade. E se algumas leis ha que não se inspiram n'estes principios, como affirmam os partidarios do *domicilio* <sup>2</sup>, constituem ellas pouquissimas excepções que nunca poderiam invalidar a regra applicavel á quasi totalidade das leis.

Acceitamos, pois, a doutrina da nacionalidade como reguladora do estado e da capacidade das pessoas <sup>3</sup>.

**32.**—As divergencias que separam os escriptores reflectem-se nas legislações positivas. O principio do *domicilio* foi adoptado pelos codigos da Prussia, da Austria, e da republica Argentina, e pelo direito commum (*common law*) da Inglaterra e da America do Norte; a doutrina da *nacionalidade* foi preferida pelos codigos da Italia, França, Hespa-

<sup>1</sup> Grasso, *obr. e loc. cit.* Despagnet *obr. e loc. cit.*

<sup>2</sup> Conf. supra, n.º 28.

<sup>3</sup> Os partidarios do *domicilio* dizem ainda em defeza do seu systema que elle é mais liberal do que o da *nacionalidade*, porquanto permite a qualquer pessoa modificar o seu estado e a sua capacidade, por uma simples mudança de logar. O argumento, porem, não colhe. Desde que a mudança de domicilio resulta quasi sempre de necessidades pessoais, quantas vezes não iriam impôr-se a um individuo, contra a sua propria vontade, modificações no seu estado e capacidade, que elle nem sequer tinha previsto? (WEISS).

nha, Belgica, Hollanda, e pela Lei Federal Suissa de 22 de junho de 1881 sobre a capacidade civil <sup>1</sup>.

Na esteira dos ultimos foi tambem o nosso Codigo civil.

«*Os portuguezes que viajam ou residem em paiz estrangeiro, diz o art. 24.º, conservam-se subjeitos ás leis portuguezas concernentes á sua capacidade civil e ao seu estado . . . enquanto aos actos que houverem de produzir o seu effeito no reino.*»

«*O estado e a capacidade civil dos estrangeiros, dispõe o art. 27, são regulados pela lei do seu paiz.*»

**33.** — Alguns auctores estabeleceram a distincção entre *capacidade geral*, ou abstracta, e *capacidade concreta*, ou particular. Á primeira applicavam a lei nacional; á segunda a do logar do acto ou do contracto. Assim, para determinar se um individuo era maior ou menor applicar-se-hia a sua lei nacional; mas para saber se um menor podia fazer testamento, applicar-se-hia a lei do logar onde elle pretendesse realizar o acto.

Esta doutrina é de todo o ponto inaceitavel; as razões produzidas para justificar a applicação da lei nacional á capacidade geral, tem igual cabimento pelo que respeita ás capacidades especiaes que são, como aquella, elementos da condição juridica das pessoas.

O nosso codigo, fallando da capacidade sem fazer dis-

<sup>1</sup> Algumas legislações dão preferencia á lei que reconhece a validade do acto, se com esta aproveitam os seus nacionaes. É principio adoptado pela lei Allemã sobre letras de cambio, codigo Suisso das obrigações, etc. Savigny (§ 363) acha razoavel a doutrina; mas contra ella se insurge, com razão, Asser (*obr. cit.* pag. 58 e 59), dizendo que «a capacidade deve ser governada por um só e mesmo direito, d'uma maneira constante, independentemente do logar onde se contracta.» O interesse dos nacionaes não pode ir até ao despreso dos direitos do estrangeiro,

tinção alguma, conformou-se tambem n'esta parte com os bons principios, applicando a lei nacional tanto á capacidade geral, como ás capacidades especiaes. Assim parece entendel-o tambem o sr. Dias Ferreira, quando escreve: «O portuguez pode testar de 14 annos, art. 1764.º, n.º 3.º, e testando d'esta idade, vale o seu testamento ainda a respeito de bens sitos em territorio estrangeiro, onde a faculdade de testar só seja permitida aos 18 annos, por exemplo. Pela mesma razão o estrangeiro que só tem faculdade de testar aos 18 annos, não dispõe validamente de bens, ainda sitos em territorio portuguez, se fez o seu testamento antes de completa esta idade.» <sup>1</sup>

**34.** — Mas convem desde já frisar que o art. 24.º apenas falla dos *actos que houverem de produzir os seus effeitos no reino*.

Queria, com isto, significar o legislador que o estado e capacidade dos portuguezes, que viajam ou residem em paiz estrangeiro, não será regida pela lei portugueza enquanto aos actos que houverem de produzir os seus effeitos no estrangeiro?

A essa conclusão parece levar, por argumento *á contrario sensu*, a disposição literal da lei; outro é, porem, a nosso juizo, o seu verdadeiro alcance. A lei apenas falla dos actos que tiverem de produzir effeitos no paiz, porque só estes ficam sob a sua jurisdição; é só a proposito d'estes que nos tribunaes portuguezes poderão levantar-se conflictos de direitos. Prevenindo esses conflictos o legislador determina qual a lei applicavel. Isto, porém, não é negar que o estado e a capacidade dos portuguezes seja regulada pela nossa lei patria quanto aos actos que houverem de produzir effeitos n'outra nação; podem sel-o ou deixar de o ser; é tão

<sup>1</sup> *Cod. Civ. Port. Annot.*, vol. 1.º pag. 50.

somente, reconhecer na soberania d'essa nação o direito exclusivo de regular a hypothese <sup>1</sup>.

Como diz o sr. Dias Ferreira, «a lei não se importa com os actos que hão de ter execução n'outro paiz, que seria isso contra o direito de soberania, e apenas legisla com relação áquelles que hão de ser executados debaixo da sua protecção, no territorio da respectiva jurisdição.» <sup>2</sup>

Por esta forma se um portuguez fixou o seu domicilio n'um paiz onde o menor de 10 annos pode testar, o seu testamento, ahi feito, será reconhecido como valido em toda a parte onde a capacidade é regulada pela lei do domicilio, mas não produzirá effeitos entre nós. Se, ao contrario, o acto se realizou n'um paiz onde a capacidade para testar é fixada aos 20 annos, o testamento feito por um menor de 15 annos será reconhecido como valido pela lei portugueza, mas decerto não produzirá effeitos no paiz onde foi celebrado, se ahi se preferiu a lei do domicilio como reguladora da capacidade civil dos estrangeiros.

E o que n'este sentido dizemos a proposito de *estado e capacidade*, fica tambem já assente com relação ás cousas e aos actos juridicos, de que mais adiante teremos de occupar-nos.

**35.** — O estado e a capacidade civil dos estrangeiros, são, pois, nos termos do art. 27.º, regulados pela lei do seu paiz. A interpretação literal d'esta regra, tão simples na apparencia, pode, no entanto, dar origem a duvidas na sua applicação, quando se encontrem frente a frente legislações divergentes quanto ao *criterium* da lei applicavel.

Um exemplo melhor esclarecerá o meu pensamento.

<sup>1</sup> Veja sr. Visconde de Seabra, *Apostilla* 3.ª pag. 19-20.

<sup>2</sup> *Obr. cit.*, vol. 1.º, pag. 51.

Como ficou dito, na Republica Argentina adoptou-se o principio de que o estado e a capacidade das pessoas são regulados pela lei do domicilio. Supponhamos, pois, que, X, cidadão d'esse paiz, fixou residencia entre nós, e aqui contrahiu matrimonio antes de completar 14 annos. Admittindo que n'aquella republica os varões podem casar aos 13 annos, pergunta-se: será valido o casamento?

É claro que a questão, sob outra forma, reduz-se a saber qual é a lei applicavel á capacidade dos contrahentes; sendo a portugueza, tal casamento é nullo, mas se fôr a lei argentina, o casamento é valido.

O art. 27.º do nosso Codigo manda applicar a lei argentina; applicuemol-a pois. «A *capacidade* das pessoas, diz ella, regula-se pela lei do seu domicilio.» Ora o domicilio de X é em Portugal; logo a sua capacidade tem de determinar-se pela lei portugueza, o que importa a nullidade do matrimonio.

Será esta a verdadeira conclusão? <sup>1</sup>

Não o entendemos assim.

**36.** Nem os fins que o legislador se propoz, nem as razões em que se baseia a doutrina do art. 27.º, nem os direitos da propria soberania, consentem semelhante interpretação.

Com effeito o legislador preferindo a lei nacional do estrangeiro para regular a sua capacidade, não se deixou levar por motivos de mera cortezia para com as outras nações; é que reconheceu ser essa lei a que melhor convinha á propria natureza da relação juridica em questão. Isto

<sup>1</sup> Tal parece ser a opinião de Weiss: «Cependant, escreve elle, nous ne pretendons pas refuser a la loi du domicile toute application théorique à la solution des conflits de lois. Dans certaines hypothèses exceptionnelles, il sera possible d'y recourir, lorsque la loi nationale de l'intéressé y renvoie...» (*Obr. cit.* pag. 224).

significa, evidentemente, que é á face dos preceitos da lei estrangeira que aquella capacidade tem de ser apreciada, como o seria se o proprio interessado residisse no seu paiz. Admittir o contrario seria mesmo desconhecer o fim que o legislador se propoz, ao redigir o art. 27.º, que foi, manifestamente, determinar qual a lei applicavel ao estado e á capacidade civil dos estrangeiros, excluida previamente a lei nacional. Ora aquella interpretação traria, como immediata consequencia, a negação d'estes dois fins:

1.º porque era o legislador estrangeiro, e não o nosso, quem na realidade determinava essa lei;

2.º porque excluindo o nosso legislador a lei nacional, por reconhecer que não era ella a que melhor convinha áquella ordem de relações juridicas, teria de admittir-a, depois, por disposição de um legislador estrangeiro, o que é absolutamente contrario aos direitos soberanos do Estado.

Por estes motivos regeitamos aquella interpretação. Mandando applicar aos estrangeiros a sua lei nacional, o legislador teve em vista simplesmente subordinar o seu estado e sua capacidade ás regras que regulariam esse estado e essa capacidade se elle estivesse domiciliado no seu proprio paiz.

Portanto, na hypothese formulada no numero anterior, deveria considerar-se valido o casamento de X., visto que os cidadãos da Republica Argentina, conforme as permissas postas, podem casar-se aos 13 annos de idade.

**32.**—A applicação dos principios estabelecidos pelo Codigo, nos artt. 24.º e 27.º, demanda, como é manifesto, o exame previo de uma outra questão — a da *nacionalidade*.

Sem trazer para aqui as differentes theorias que no campo da sciencia se disputam a solução de um tão debatido problema, diremos, com Despagnet, que uma boa

theoria das nacionalidades deve consagrar estes dois principios:

1.º todo o homem tem uma nacionalidade ao nascer;

2.º todo o homem pode mudar de nacionalidade.

E a propria natureza das cousas que impõe o primeiro; o segundo deriva da liberdade humana.

O principio da não retroactividade das leis indica por seu lado, que para determinar a lei nacional de um individuo deve attender-se ao momento em que o acto foi *realizado* ainda que elle posteriormente a perdesse por qualquer motivo.

Mas a diversidade das legislações sobre o criterio da nacionalidade origina, por vezes, conflictos, ou melhor, contradições que não podem deixar de attender-se no direito internacional privado. Pode um individuo ter mais do que uma, ou mesmo não ter nacionalidade; qual a lei que regula o seu estado e a sua capacidade? <sup>1</sup>

Eis um problema melindroso, para o qual nem sempre é facil encontrar uma justa solução.

**33.**—Respeitam aos mais essenciaes interesses do Estado a adquisição e a perda da nacionalidade; deve, por isso, cada legislador regular-as como melhor entender sem que possam embarçal-o n'este legitimo exercicio da sua propria soberania quaesquer interesses ou conveniencias d'outros Estados.

Partindo d'este principio tem o juiz naturalmente indicado o caminho a seguir; o seu primeiro cuidado será averiguar se alguma das partes interessadas deve considerar-se

<sup>1</sup> Felix, fazendo entrar a *nacionalidade* no estado das pessoas affirma que é a *lei nacional* d'aquelle, cuja nacionalidade é duvidosa, que pertence determinar se elle é nacional ou estrangeiro. Esta distração de Felix, foi salientada por M. Demangeat. (Weiss, *obr. cit.* pag. 273, not.). (Asser, *obr. cit.* pag. 55).

portugueza, á face da nossa propria lei. Sendo-o, embora leis estrangeiras attribuem a essa pessoa outra nacionalidade, o juiz apreciará o seu estado e a sua capacidade á face da lei portugueza, que elle tem o dever de respeitar de preferencia a qualquer outra.

E assim, se fôr mister apreciar a capacidade de um individuo nascido no Chili, de paes portuguezes, e que veio fixar entre nós o seu domicilio, o juiz, obedecendo ao n.º 3.º do art. 18.º do cod. civ., applicar-lhe-ha a lei portugueza, relativamente aos actos por elle praticados no estrangeiro e que tenham de produzir os seus effectos no reino (art. 24.º), embora a constituição d'aquelle paiz (25 de maio de 1833, art. 6.º) declare esse mesmo individuo cidadão chileno (*jus soli*). Mas os tribunaes do Chili, por identicos motivos, e sem respeito pelas disposições da lei portugueza, applicar-lhe-hão a lei do seu paiz, se perante elles fôr levado qualquer pleito em que o mesmo seja interessado.

**39.**— Outros são, porem, os principios a applicar quando a collisão de nacionalidades se refere a paizes diferentes d'aquelle em que a sua apreciação tem de ser feita. O juiz, ante dois Estados estrangeiros, não tem mais razão para acatar as disposições de um do que as do outro. O nosso Codigo guarda a tal respeito um silencio injustificavel; os escriptores aconselham a lei do *domicilio*.

Não accetamos esta solução, que, desvirtuando a questão, a não resolve. Com effecto, desde que se adoptou o principio da nacionalidade como criterio na determinação da lei que rege o estado e a capacidade das pessoas, a difficuldade só pode apresentar-se-nos sob este aspecto:

*Quando um individuo tem duas nacionalidades qual deve preferir?*

Ora é bem de ver que adoptando o domicilio como prin-

cipio subsidiario, a questão ficará muitas vezes sem solução, visto que o *domicilio* pode deixar de coincidir com alguma d'aquellas nacionalidades <sup>1</sup>. E comquanto Weiss, que perillia aquella doutrina, pretenda justificar-a dizendo que «*sa nationalité étant incertaine, il n'a pas à vrai dire de loi personnelle qui lui soit propre*», é bem certo que essa lei pessoal existe <sup>2</sup>; o que resta é determiná-la.

Ora entre as duas nacionalidades o juiz deverá preferir aquella que a parte interessada tiver tambem preferido. Desde que a nacionalidade se funda na vontade presumida das pessoas, desde que, como ficou dito, a todos deve ser licito mudar de nacionalidade (supra, n.º 37) sujeitando-se a leis diferentes, o respeito d'essa vontade, quando claramente manifestada, deve prevalecer no animo do juiz. Mas se não ha factos por onde ella possa vir a conhecer-se, é de razão que se dê preferencia á nacionalidade do logar onde nasceu, por ser, regra geral, essa lei a mais adequada para fixar a condição juridica do individuo.

E esta mesma solução igualmente se me affigura ser a que melhor quadra quando um individuo *não tem patria*. O principio do domicilio <sup>3</sup> tambem aqui não dá completa solução. Se a regra geral é que todos têm domicilio, não re-

<sup>1</sup> Tal é o caso em que o individuo de que fallámos ha pouco (n.º 38) fosse estabelecer domicilio em França. Aceitando o principio do domicilio, o seu estado e capacidade seriam apreciados pela lei franceza, sem razão alguma que justificasse uma tal derogação ao principio da nacionalidade.

<sup>2</sup> É facil a demonstração; um exemplo bastará. Uma estrangeira, solteira, vai residir para França. A sua capacidade e o seu estado são regidos pela lei do seu paiz. Casa com um portuguez; adquire por *hypothese*, a qualidade de portugueza, pela nossa lei, sem perder a de estrangeira pela lei do seu paiz. D'este facto pode resultar: ou manter-se subordinada á sua lei nacional, ou passar a reger-se pela lei do seu marido. O que nunca poderia acontecer é que o seu estado e a sua capacidade passassem a regular-se por uma lei diferente d'estas — como seria a do domicilio.

<sup>3</sup> É defendido por Mazzoni, *obr. cit.* pag 173.



pugna accreditar que algumas pessoas o não tenham. E assim acontece, realmente, em alguns casos. Qual seria, pois, a lei applicavel?

40.—Dissemos que o nosso Codigo não resolve as questões que deixámos esboçadas nos dois numeros anteriores; mas devemos reconhecer, no entretanto, que a doutrina do *domicilio*, acceita por quasi todos os escriptores, foi por elle claramente regeitada.

Na verdade o art. 27.º mandando regular o estado e a capacidade dos *extrangeiros* pela sua lei nacional, exclue a possibilidade de se lhes applicar a nossa propria lei. Ora a palavra *extrangeiro* designa, vulgar e juridicamente, todo aquelle que não é portuguez; abrange, pois, não só os que tem outra nacionalidade, como os que têm duas <sup>1</sup>, como aquelles que não tem nenhuma. As pessoas comprehendidas em qualquer d'estas tres categorias não são portuguezas (cod. civ., art. 48.º); logo a lei portugueza não pode nunca regular o seu estado e a sua capacidade, embora ellas tenham domicilio no reino (cod. civ., art. 27.º).

Para determinar qual a lei applicavel em cada uma d'estas hypotheses teremos, pois, de recorrer ao espirito do citado art. 27.º (cit. cod., art. 46.º) que é, evidentemente, applicar a cada relação juridica a lei que, por sua propria natureza, melhor lhe convenha <sup>2</sup>. Ora essa lei é, a nosso juizo, aquella que, d'um modo geral, acima deixamos apontada.

<sup>1</sup> É claro que não fallamos do caso em que uma das nacionalidades seja a portugueza. Essa hypothese pode estar comprehendida no art. 24.º, mas não no art. 27.º (Supra, n.º 38).

<sup>2</sup> Isso resulta não só do que temos escripto precedentemente, mas ainda das palavras do auctor do codigo, que na *Apostilla* 3.ª, pag. 48, em resposta ao sr. Moraes de Carvalho, declara que n'estas materias de Direito internacional teve sempre presente a doutrina de Savigny.

## CAPITULO II

### Das cousas

- 41.—Razão d'ordem.
- 42.—Os moveis e os immoveis deverão ser regidos por leis differentes? Opiniões em sentido affirmativo.
- 43.—Motivos da distincção entre moveis e immoveis.
- 44.—Refutação d'esta doutrina; uma mesma lei deve reger as cousas.
- 45.—Qual deve ser essa lei? Differentes opiniões.
- 46.—Cont. O systema da nacionalidade. Opinião de Mancini.
- 47.—Cont. A *lex rei sitae*. Doutrina de Savigny.
- 48.—Cont. Pronunciamo-nos, tambem, pela *lex rei sitae*. Refutação das doutrinas contrarias.
- 49.—Limites da applicação d'aquella lei.
- 50.—Legislação comparada.
- 51.—Doutrina do Cod. Civil Portuguez.
- 52.—Cont. A propriedade immobiliaria.
- 53.—Cont. A propriedade mobiliaria. Omissão do Codigo Civil.
- 54.—Contin. Preferimos a doutrina de Savigny.
- 55.—Contin. Opinião do auctor do *Projecto Primitivo*.
- 56.—Contin. O Codigo Civil applica aos moveis a *lex rei sitae*.
- 57.—Contin. Opiniões em sentido contrario.
- 58.—Contin. Refutação d'estas opiniões:
- 59.—Contin. a) O argumento *à contrario sensu* é mal cabido, e auxilia a nossa opinião.
- 60.—Contin. b) As fontes do Codigo são-nos igualmente favoraveis.
- 61.—Contin. c) O argumento deduzido da legislação comparada não invalida a nossa opinião.
- 62.—Contin. Retratação do sr. Dias Ferreira.
- 63.—Contin. Deve admitir-se a distincção das cousas mobiliarias feita por Savigny.

41.—Uma questão fundamental preocupa e separa os escriptores na materia que faz objecto d'este capitulo.

*Os moveis e os immoveis deverão ser regidos por uma só lei?*

Doas theorias se defrontam; pugnam uns pela applica-

ção de *duas leis* diferentes, D'Argentré, P. Voet, J. Voet, Boullenois, Foelix, etc.; outros sustentam triumphantemente a *unidade da lei*. Mas a determinação d'esta provoca, por sua vez, entre os ultimos, novas divergencias, que se disciplinam em duas oppostas escolas—a da *nacionalidade*, Fiore, Esperson, Laurent, Weiss, e a da *territorialidade*, Waechter, Savigny, Marcadé, De Bar, Lomonaco, Asser e Rivier, etc.

42.—*Immobilia reguntur lege loci; mobilia personam sequuntur* — eis a divisa dos primeiros.

Tudo o que respeita aos immoveis, directa ou indirectamente, será regido pela lei da sua situação, pela *lex rei sitae*; aos moveis applicar-se-ha a lei pessoal do proprietario, a lei do seu *domicilio*.

Qual o motivo da distincção?

Não o dizem concordantemente os escriptores; alguns dos partidarios d'esta doutrina chegam mesmo a affirmar que a distincção é mais apparente do que real, porque, dizem, não tendo os moveis uma situação fixa e invariavel devem reputar-se situados no logar em que o seu proprietario tem a sede dos seus negocios, isto é, no seu domicilio; logo, concluem, a applicação da lei do domicilio aos moveis não é mais do que a applicação da propria *lex rei sitae*<sup>1</sup>. Mas outros escriptores vão mais longe, dizendo que os moveis não tem situação, nem real nem ficticia; confundem-se com a propria pessoa do seu proprietario, participam das suas mudanças, formam, por assim dizer, parte d'ella mesma; devem por isso ser submettidos á mesma lei que rege essa pessoa<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> P. Voet, Bullenois, Foelix, etc., (Weiss, *obr. cit.* pag. 579).

<sup>2</sup> D'Argentré, Buhier, etc. (Weiss *obr. e loc. cit.*, Mazzoni, *obr. cit.* pag. 355. Lomonaco, *obr. cit.* pag. 116). É sobre esta interpretação da regra *mobilia personam sequuntur* que se levanta a theoria da *nacionalidade*, (infra n.º 46) Conf. Mazzoni *cit.* pag. 362.

43.—As ideias feudaes, considerando o homem como simples accessorio da terra, davam a esta uma importancia extraordinaria que os jurisconsultos não podiam desconhecer. «A posse da terra, a sua transmissão, o seu goso, disse um escriptor, constituíam elementos essenciaes da organização politica; comprehende-se por isso que se fizesse applicação da *lex rei sitae*, da lei territorial, sempre que se tractasse de immoveis, mesmo nas successões, no usufructo legal, na hypotheca legal, etc.; todas estas questões tinham com effeito uma relação estreita com a constituição intima da propria sociedade, com o que nós chamariamos hoje a *ordem publica*.»<sup>1</sup>

Os moveis, porém, que representavam uma parcella insignificante da riqueza de cada um, *mobiliū vilis possessio*, tinham, alem d'isso, uma natureza especial pelo fim a que são destinados e pelos deslocamentos a que estão, em regra, sujeitos. A soberania, que as ideias do tempo filiavam na posse do solo, desinteressava-se da sua regulamentação; a multiplicidade de leis a que teriam de sujeitar-se pelas suas frequentes mudanças de logar, salientavam os inconvenientes da *lex rei sitae*; a presumpção, baseada n'um facto de observação diaria, de que a maior parte dos moveis estão situados no domicilio do seu possuidor, reclamava a applicação d'esta lei. D'ahi a distincção entre moveis e immoveis para o effeito de serem regidos por leis diferentes.

Mas explicar a distincção, não é, de modo algum, justificational-a.

44.—A presumpção *mobilia ossibus inhaerent* ou *mobilia personam sequuntur*, em que principalmente se esteia a distincção das cousas em moveis e immoveis, e a applicação aquellas da lei pessoal do proprietario, não encontra nos fa-

<sup>1</sup> Despagnet, *obr. cit.* pag. 160-161.

ctos ordinarios da vida a sua plena justificação. Alguns moveis têm, na verdade, a sua sede no domicilio d'aquelle a quem pertencem; como bem observa Mazzoni, «*la suprema destinazione che loro dà il proprietario è quella di tenerli presso di se.*» <sup>1</sup> A mobilia da propria casa, os instrumentos da sua arte ou do seu officio, os livros da sua profissão, são cousas que cada um tem sempre no seu domicilio. Mas, a par d'estas, outras cousas ha que ahi não estão, que nunca lá estiveram, que não é de presumir que lá venham a estar jamais. Os fructos das propriedades distantes do domicilio, e destinados á venda, os productos de uma mina, o vinho que se exporta para mercados estrangeiros, são cousas que, ou nunca estiveram, ou, segundo todas as probabilidades, pelo menos na intenção do seu proprietario, não tornarão a estar no logar do seu domicilio.

Como justificar a applicação da lei do domicilio a estas cousas? Onde a relação que entre si as liga? Compreende-se a ficção para aquellas cousas que, estando fora do domicilio por uma causa accidental, devem todavia voltar para elle, logo que essa causa desapareça, como por exemplo, as bagagens de um passageiro. Mas, acrescenta Mazzoni, parece na verdade estranha e absurda a ficção de que uma coisa está, ou continuará a estar, onde de facto já não está, ou nunca tornará a estar. <sup>2</sup>

E se este fundamento da distincção é falso, os outros não são menos. Com effeito a velha e erronea concepção da soberania desapareceu com as ideias feudaes; não ha, pois, razão para que o Estado mais se interesse pelos immoveis do que pelos moveis; a função economica d'estes, attento o grande desenvolvimento da riqueza mobiliaria, não é hoje menos importante do que a dos immoveis. Para que

dar então preferencia a uns sobre os outros? Como bem diz Laurent «tal distincção carece de fundamento racional. Toda a riqueza interessa ao legislador, porque riqueza e civilisação são ideias associadas; não que a riqueza seja o fim da civilisação; mas é o instrumento da cultura intellectual e moral, e deve, por isso, ser submettida á acção da lei, ou consista em moveis ou em immoveis.» <sup>1</sup> O legislador, quando regula as cousas deve ter em vista todas as que estão no seu paiz, sejam moveis ou immoveis, porque todas respeitam por igual aos interesses essenciaes do Estado. (Waechter).

Tal é a doutrina modernamente seguida.

**45.**— É, pois scientificamente insustentavel a velha distincção das cousas em moveis e immoveis, para o effeito de serem regidas por leis differentes. Acabamos de o demonstrar. Mas as difficuldades não terminam com a affirmacão d'este principio.

Na verdade, se é certo que uma só lei deve ser applicada, qual é essa lei?

A da nacionalidade?

A da situação das cousas?

Dividem-se, na resposta, os escriptores.

**46.**— Fieis aos seus principios (supra, n.º 20) os defensores da *nacionalidade* sustentam que todas as cousas, moveis e immoveis, devem ser regidas, em regra, pela lei nacional do seu proprietario. «*Tout droit réel, mobilier ou immobilier*, escreve Weiss, est régi par la loi personnelle de son titulaire, dans la mesure où le permet l'intérêt de l'Etat sur le sol duquel la chose qui en fait l'object se trouve.» <sup>2</sup>

<sup>1</sup> Obr. cit. pag. 354.

<sup>2</sup> Obr. cit. pag. 356.

<sup>1</sup> Obr. cit. tom. 1.º pag. 120.

<sup>2</sup> Obr. cit. pag. 581.

Mancini, o iniciador da escola, pondo de parte o systema do domicilio que nenhuma influencia tem sobre a pessoa do proprietario, e admitindo a ficção de que as cousas moveis se acham sempre junto da pessoa a quem pertencem, defende por esta forma a sua doutrina:

«O systema segundo o qual os moveis, da mesma forma que os immoveis, deveriam ser sujeitos á lei do logar onde estão situados, ainda que defendido por alguns escriptores modernos, pareceu perigoso e de difficil applicação; perigoso porque attenta a multiplicidade e a facilidade dos modernos meios de communicação, a propriedade mobiliaria que forma uma tão grande parte da actual riqueza, encontrar-se-lia a cada instante, mesmo accidentalmente, como, por exemplo, por causa de uma viagem, sujeita a mudar de legislação; de difficil applicação porque, sendo arduo constatar em que logar precisamente se encontrava uma dada cousa movel no momento em que a applicação da lei deveria ter logar, teriamos aqui uma fonte perene de questões intrincadissimas.»<sup>1</sup>

47.—A *lex rei sitae* é indicada pelo segundo systema<sup>2</sup>, como sendo a preferivel, em regra, tanto relativamente aos moveis, como no que respeita aos immoveis. Deve-se a Waechter e a Savigny a affirmação d'este principio. Encarando a questão principalmente em relação aos moveis, por ser ali a fonte principal das divergencias, Savigny chega pela analyse do logar que ellas occupam no espaço a determinar duas cathogorias extremas: cousas que têm uma séde permanente, e ás quaes deve applicar-se a *lex rei sitae*, e cousas que occupam no espaço um logar de tal modo indeterminado e variavel que não poderia ter-se uma ideia pre-

<sup>1</sup> *Processo verbale* 53, pag. 627 e 628, cit. por Mazzoni, *obr. cit.* pag. 362.

<sup>2</sup> Lomonaco designa este systema pelo nome de *erciscundo*. (*Obr. cit.* pag. 119).

cisa do territorio onde ellas se encontram, e ás quaes não é, por consequencia, possível applicar aquella lei. Torna-se, por isso, necessario procurar com o pensamento um logar onde estas cousas são destinadas a permanecer por tempo mais ou menos largo, ou mesmo indeterminado, para lhes applicar a lei d'este logar, o qual umas vezes é indicado pela expressa vontade do proprietario, outras coincide com o proprio domicilio. Como exemplo das segundas cita as mercadorias que um negociante expede para paizes distantes, durante todo o tempo em que ellas seguem viagem, mormente se forem expedidas por mar para diversos portos, ou mesmo para differentes partes do mundo, afim de serem vendidas onde se encontrar melhor mercado; bem como as bagagens que acompanham no caminho de ferro ou em diligencia o proprietario, que pode n'um só dia atravessar differentes paizes, sem mesmo curar de saber aquelle em que, n'um dado momento se encontra. Como exemplo das primeiras apresenta a mobilia d'uma casa, os livros de uma bibliotheca, uma colleccão d'objectos d'arte, os instrumentos aratorios que servem para o cultivo de um predio. Entre estas duas classes de cousas moveis vêem collocar-se muitas que se approximam de cada uma d'ellas em graus differentes: as mercadorias que um negociante tem em deposito fóra do seu domicilio por tempo indeterminado, a bagagem d'um viajante que se demora em paiz estrangeiro, etc. Para todas estas cousas as circumstancias particulares determinarão se pertencem a uma ou outra classe, para o que não se deverá ter somente em vista o tempo maior ou menor da sua permanencia n'aquelle logar, mas ainda a natureza da regra de direito que se tracta de applicar. Considerando como excepções, relativamente raras, os casos que ficam mencionadas em primeiro logar, Savigny estabelece, como regra, a applicação aos moveis da *lex rei sitae*.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> *Obr. cit.* vol. viii, pag. 176 e seg.ª

48. — Entendemos, com este escriptor, que é a lei da situação das cousas aquella que em regra deve applicar-se, ou se tracte de moveis ou de immoveis. Em relação aos immoveis é essa verdade tão palpavel, que até os partidarios do systema da nacionalidade são forçados a reconhecê-la, embora a titulo de excepção de ordem publica. «O direito de propriedade, considerado em si mesmo, abstracção feita da pessoa que o exerce, e do seu interesse particular, diz Weiss, é sempre governado na sua natureza, na sua extensão, pela lei do paiz em que se encontra o seu objecto, visto que ella se refere aos interesses vitais do Estado, ao seu regimen economico, e ao seu direito publico.»

Na verdade a propriedade immovel, que forma o proprio territorio da nação, está de tal modo ligada aos mais essenciaes interesses do Estado que até as instituições politicas correriam perigo se a legisladores estrangeiros fosse permitido regulal-a. «*La lex rei sitae*, escreve Grasso, é la legge naturale dei diritti reali. I motivi stessi che persuadono l'adozione d'ella legge nazionale come norma regolatrice della persona, provano la necessità di assogettare il regime giuridico delle cose alla legge territoriale.»<sup>1</sup>

O interesse economico do paiz reclama por seu lado a applicação dos mesmos principios aos moveis; e se a sua instabilidade torna necessaria a distincção de Savigny, não auctorisa de modo algum a applicação da lei pessoal do seu proprietario. Os partidarios do systema da nacionalidade estabelecendo esta como regra geral, veem-se compellidos, pelo absurdo das applicações, a restringirem-na por tão numerosas excepções, que a regra fica limitadissima. Por que não se hão de inverter os termos, erigindo as excepções em regra, visto serem muito mais numerosas?

Por uma razão simples: porque isso seria a negação do

proprio systema, que por outras razões já regeitámos (supra, n.º 25).

Mas quando isto não bastasse, a impossibilidade de applicar o principio da nacionalidade em alguns casos particulares bastaria para demonstrar a sua inadmissibilidade. Com effeito, levantada questão sobre quem é o possuidor ou o proprietario de uma cousa movel, quando dois individuos de nacionalidade differente a disputam, qual a lei applicavel?

A nacional? De qual d'elles? A do reu ou a do auctor? A do proprietario ou a do possuidor?

E supponhamos, para reproduzir um exemplo de Grasso, que se discute a aquisição de uma servidão. Qual será a lei applicavel, a do dono do predio dominante ou a do dono do predio serviente? E, quando mesmo a difficuldade tivesse solução, seria justo que para regular direitos da mesma natureza, sobre predios contiguos se invocassem leis differentes, como teria de acontecer desde que os seus respectivos donos fossem de differente nacionalidade?<sup>1</sup>

A nosso juizo, pois, a propriedade mobiliaria e immobiliaria, devem ser, em regra, regidas pela lei do logar da sua situação por ser esta a mais conforme á natureza das relações que se pretendem regular.

49. — E visto que as cousas podem ser consideradas em si mesmas, ou em relação ás pessoas que sobre ellas têm

<sup>1</sup> Discutia-se entre A. e B., hespanhoes, a aquisição de uma servidão de passagem imposta no predio de um em beneficio d'um predio do outro. A lei applicavel seria a hespanhola, que permite, por hypothese, a constituição das servidões descontinuas por prescripção. Em vista d'este principio podia reputar-se adquirida a servidão.

C. e D., com predios contiguos aos d'aquelles, são de nacionalidade franceza, onde a servidão de passagem não pode adquirir-se pela prescripção. Embora as suas respectivas condições fossem perfeitamente eguaes ás de A. e B., nunca aquella servidão poderia julgar-se adquirida.

Seria isto justo?

direitos, diremos desde já que a *lex rei sitae* é sempre applicavel quando se tracta das cousas em si mesmas, da sua organização, ou condição jurídica. Como disse Asser, «il s'agit de régler l'état juridique des choses, non dans leurs rapports avec une personne déterminée, mais objectivement, tel qu'il doit être reconnu et respecté à l'égard de n'importe qui. Telle est la nature de ce qu'on appelle les *droits réels*, et précisément parce qu'elle est telle, il faut reconnaître aux lois qui concernent les droits réels un caractère territorial. Ces lois fixent, dans un pays donné, les droits d'une personne (propriétaire ou possesseur, usufruitier, etc.) non pas vis-à-vis d'une autre personne déterminée, mais envers et contre tous dans une mesure générale et absolue.»<sup>1</sup>

A lei territorial é, pois, sempre applicavel, quando se tracta de algum dos seguintes pontos:

a) classificação das cousas, determinação das que são moveis ou immoveis, estão ou não no commercio;

b) indicação dos direitos reaes que se podem ter sobre as cousas, e sua extensão: propriedade, servidões, usufructo, etc.

c) condições da transmissão da propriedade ou dos seus desmembramentos, entre as partes, ou em relação a um terceiro: registo, etc.<sup>2</sup>

Para todos os demais casos a lei a applicar será determinada pelo estudo da relação jurídica, que tenha as cousas por objecto.

**50.**—Predomina ainda nas legislações dos povos a distincção entre os moveis e os immoveis; n'alguns Codigos

<sup>1</sup> *Obr. cit.* pag. 96.

<sup>2</sup> «Quand le législateur parle des immeubles, sans autre précision, il vise, sans nulle doute, ces biens considérés en eux-mêmes, et on ne saurait, sans fausser sa pensée, étendre sa disposition à tous les cas où les immeubles peuvent faire l'objet d'un droit quelconque.» Despagne, *obr. cit.* pag. 161.

apparece essa distincção explicitamente formulada; n'outros o silencio do legislador a respeito dos moveis, se cria maiores embaraços ao interprete, não deixa duvidas, na maior parte dos casos, quanto á existencia da distincção. Apenas o Codigo Maximiliano, de Baviera, (P. I, cap. II, § 17) declara a lei territorial applicavel indistinctamente a todas as cousas, ou sejam mobiliarias ou immobiliarias, facto tanto mais para notar quanto este codigo data de 1756; e o de Berne (art. 4.º) estabelece o mesmo principio. Todos os demais codigos acceitam a distincção entre bens moveis e immoveis (Cod. da Prussia, *introd.* §§ 28, 31, 32, 33; Austriaco, § 300; Hollandez, artt. 7.º; de Vaud, art. 2.º; de Fribourg, art. 1.º; da Luisiania, art. 9.º; Francez, art. 3.º, § 2.º; Italiano, art. 7.º das *Disposições preliminares*; Hespanhol, artt. 9.º e 10.º; Argentino, artt. 10.º e 11.º).

O Codigo Civil Portuguez, não traz preceito explicito a este respeito.

**51.**—«*Os portuguezes que viajam ou residem em paiz estrangeiro*, diz com effeito art. 24.º do nosso Codigo, *conservam-se sujeitos ás leis portuguezas concernentes . . . á sua propriedade immobiliaria situada no reino, emquanto aos actos que houverem de produzir n'elle os seus effeitos*» nada, porem, acrescenta quanto á sua propriedade mobiliaria, nem com relação á propriedade dos estrangeiros, de qualquer natureza que ella seja. Mas o silencio da lei não é motivo para que deixemos de considerar a questão no duplo aspecto porque ella naturalmente se apresenta ao nosso espirito: já em relação ás cousas immobiliarias, já em relação ás mobiliarias.

**52.**—A propriedade immobiliaria<sup>1</sup> situada no reino é

<sup>1</sup> Tanto entre nós, como em França, pretendem alguns juristas interpretar as disposições relativas á propriedade immobiliaria como abran-

regulada pela nossa lei quando pertença a portugueses, ou estes se achem no paiz, ou se encontrem no estrangeiro (cod. civ. artt. 4.º, 5.º, 7.º e 24.º), quanto aos actos que n'elle hajam de produzir os seus efeitos. Mas se essa propriedade pertence a estrangeiros, qual a lei porque deve regular-se? Apesar do silencio do Codigo não me parece duvidosa a solução. O art. 26.º equipara o estrangeiro ao portuguez, quanto aos direitos e obrigações civis, sempre que não haja disposição de lei em contrario. Ora não ha no Codigo dis-

gendo tudo o que á mesma respeito, quer directa quer indirectamente. Na associação dos Advogados de Lisboa, onde a questão foi largamente debatida á proposito da successão de um inglez, cuja fortuna consistia em immoveis situados em Portugal, foi essa opinião defendida por alguns socios; mas prevaleceu o parecer contrario, que julga a lei portugueza applicavel á propriedade immobiliaria de estrangeiros sita no reino, somente na parte que respecta á sua *organisação e constituição*. O vice-presidente, Ricardo Teixeira Duarte, proferiu, a este respeito, as seguintes palavras, em sessão de 27 de janeiro de 1875:

«A successão defere-se conforme a lei pessoal; é a lei do paiz a que pertence o autor da herança que a ha de regular, porque *nada tem com a natureza dos bens, e só determina a sua transferencia*. Se porem se quizesse instituir um vinculo, fazer aforamentos com condicção eventuaes, vender bens de raiz a pessoas moraes, etc., como isso modificaria a *constituição mesma da propriedade, que a nossa lei regula*, taes disposições e contractos se não podiam fazer, não por ser estrangeiro ou nacional, d'este ou d'aquelle paiz o outorgante, mas por *isso se oppor ás leis que regem a propriedade immobiliaria*.» (Gazeta da assoc. dos Advog., anno 2.º pag. 258). O socio Pinto Coelho, cuja perda a jurisprudencia patria ha de sentir por muito tempo, concordando com as opiniões do seu vice-presidente, disse, em sessão de 10 de fevereiro de 1875, que a distincção por elle feita, limitando de alguma forma a regra de que os estrangeiros são sujeitos á lei do seu paiz quanto á sua capacidade, *não admitindo que a constituição e modo de ser da propriedade sita em Portugal venha a ser regulada por leis de fora*, é indispensavel nos termos indicados, mas não se carece que passe alem d'elles» (cit. Gaz., pag. 289). E de harmonia com estas opiniões votou a associação que um inglez, com bens em Portugal, pode dispor, validamente, d'estes, em harmonia com as leis do seu paiz, contanto que não offenda as condições da constituição da propriedade territorial portugueza (sessões de 10 e 17 de fevereiro de 1875) (cit. Gaz., pag. 294 e 305).

Não parece, todavia, seguir esta opinião o sr. dr. Guilherme Moreira, quando diz: «Em virtude do principio que os immoveis são regidos pela lei territorial *todas as questões* que se levantarem acerca da propriedade immobiliaria situada no r. mo devem ser regidas pelas leis portuguezas.» (Prel. de 1893-1894, pag. 191).

posição que regule, em especial, a propriedade immobiliaria do estrangeiro; logo tem de applicar-se-lhe a mesma lei que rege as cousas immobiliarias dos portuguezes. O art. 964.º do cod. civ. corrobora esta doutrina, subjeitando a registro nas conservatorias nacionaes as hypothecas contrahidas em paiz estrangeiro *sobre bens existentes no reino*, qualquer que seja a pessoa a quem pertençam, visto que o artigo não distingue. Esta conclusão derivada da propria letra da lei encontra nas palavras do sabio auctor do *Projecto Primitivo* a sua plena confirmação. Com effeito, referindo-se á efficacia no paiz das leis estrangeiras relativas á capacidade civil, escreve as seguintes palavras, em resposta a Moraes de Carvalho: «Mas esta regra assim absolutamente estabelecida, poderia conduzir algumas vezes a resultados inadmissiveis, ou emquanto ao interesse particular, ou emquanto ao interesse publico; e é por isso que se acharão nos logares competentes do codigo diversas excepções. Taes são, por exemplo, os contractos e actos considerados immorales ou illicitos, ou contrarios á ordem publica, segundo a lei do paiz, *ou que forem oppostos ás leis que regem a propriedade immobiliaria*.»<sup>1</sup>

Portanto, em nossa opinião, a propriedade immobiliaria situada no reino, no que respecta á sua condição juridica, á sua organização (supra, n.º 49) fica inteiramente subjeita ás leis portuguezas, ou pertença a um estrangeiro, ou seja de um nacional.

Tal é tambem a doutrina do Cod. Civ. Fr. (art. 3.º)<sup>2</sup> e do Proj. do Cod. Civ. Hespanhol (art. 8.º).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> *Apostilla 3.ª*, pag. 18-19.

<sup>2</sup> «*Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.*»

<sup>3</sup> «*Los bienes inmuebles, aunque estén poseídos por extranjeros, se rigen por las leyes españolas.*» Despagnet, *obr. cit.* pag. 161. Goyena, *Concordancia*, 1.º vol. pag. 20-21. Sr. dr. Guilherme Moreira, *Prel. de 1893-94*, pag. 99. D. Ferreira, *obr. cit.* vol. 1.º pag. 51.

**53.**— Com relação aos *moveis* guarda o nosso Código Civil uma reserva propositada; o seu auctor, respondendo a Moraes de Carvalho, assim o declara expressamente: «Poderá notar-se, diz elle, que se não encontra no Código disposição alguma expressa relativa á propriedade mobiliaria, sendo grande a controversia entre os auctores, se deve ser regida pelo estatuto pessoal ou pelo estatuto real. Respondemos que muito de pensado não tocámos este ponto para o deixar aos principios geraes.»<sup>1</sup>

É difficil de justificar este silencio da lei; tanto mais que eram bem conhecidas as duvidas levantadas na jurisprudencia franceza a proposito do art. 3.º do Cod. Napoleão, tambem omisso quanto a moveis, convindo, por isso, evitar que entre nós succedesse o mesmo, dizendo clara e precisamente qual a lei applicavel.

**54.**— No campo da theoria pronunciámo-nos pela doutrina de Savigny; o auctor do *Projecto Primitivo* confessa tel-a sempre presente nas materias de direito internacional reguladas no Código. Isto nos predispõe para a sua acceitação no campo do direito positivo. Mas isso não é bastante; já que o texto da lei nada esclarece, prescuturemos o seu escripto, (cod. civ., art. 16.º).

**55.**— Ao estabelecer o preceito do art. 27.º o nosso legislador teve presente o principio de que dentro do territorio portuguez só a lei portugueza imperava, *intra territorium omnia subjecta*. Aquelle artigo foi escripto como uma excepção a esta regra; é o proprio auctor do *Projecto* que o affirma<sup>2</sup>. Ora sendo assim, não se tendo feito excepção ás regras geraes em relação aos moveis, claro é que estes, desde que

estão situados em Portugal, tem de ser regidos pela lei portugueza, qualquer que seja a nacionalidade do seu proprietario.

Mas a par d'aquelle principio, um outro tambem deriva da propria Soberania dos Estados—o de que a lei portugueza não pode estender a sua acção para alem das fronteiras. Logo a propriedade mobiliaria situada no estrangeiro, embora pertença a portuguezes, não pode ser regulada pela nossa lei nacional, mas pela da situação.

Este era o modo de ver do sabio auctor do Código; estas as ideias que elle pretendem consignar nos artt. 24.º e 27.º As suas palavras não deixam a tal respeito a menor duvida:

«Se esta propriedade (a mobiliaria) não entra na esphera das leis concernentes á capacidade, ou na esphera das leis immobiliarias; se não ha *excepção*, fica evidente, que estará sujeita á lei geral do paiz. E que diz esta lei?—que os estrangeiros terão os mesmos direitos e obrigações civis que os portuguezes emquanto aos actos que houverem de produzir o seu effeito no reino. A palavra—*actos*—está aqui na sua maior generalidade. Se os *moveis* se acham em *paiz estrangeiro*, se os actos praticados ácerca d'elles não houverem de produzir os seus effeitos no reino, é claro que a lei portugueza os não pode alcançar, e terá a seu respeito logar a disposição da lei estrangeira, ou, por outras palavras, o direito *rei sitae*, que é a doutrina mais justa e racional.»<sup>1</sup>

**56.**— Do exposto deverá concluir-se, pois, que a propriedade mobiliaria que os estrangeiros possuam no reino, será regida pela lei portugueza; e que será regida, egualmente pela *lex rei sitae* a propriedade mobiliaria dos portuguezes, qualquer que seja a sua situação, quanto aos actos que no paiz hajam de produzir os seus effeitos.

<sup>1</sup> Visconde de Seabra, *Apostilla* 3.ª pag. 49.

<sup>2</sup> *Apostilla* cit. pag. 49.

<sup>1</sup> *Apostilla* cit. pag. 49 e 20.



No entanto devemos reconhecer que do art. 24.º parece antes derivar, por argumento à *contrario sensu*, a opinião contraria, quanto aos moveis, situados no reino, de portuguezes que d'elle estão ausentes. Com effeito este artigo dizendo que «os portuguezes que viajam ou residem em paiz estrangeiro se conservam sujeitos ás leis portuguezas concernentes ao seu estado, capacidade, e propriedade *immobiliaria* situada no reino», pode levar a suppor que «não se conservam sujeitos ás leis portuguezas concernentes á sua propriedade *mobiliaria*.»

É, porem, demasiadamente conhecido o perigo de uma tal ordem de argumentos. Aquella conclusão somente procederia se a lei dissesse, no art. 24.º, «os portuguezes que viajam ou residem no estrangeiro *somente* se conservam sujeitos etc.» mas affirmar que elles ficam sujeitos a umas certas leis, as que regem a propriedade *immobiliaria*, não é negar que elles fiquem, tambem, sujeitos a outras, as que regem a propriedade *mobiliaria*. E nem podia deixar de ser assim, visto que ou se adoptasse o principio da nacionalidade, ou o da *lex rei sitae*, seria sempre a nossa lei nacional aquella que regeria os moveis, sitos no paiz, e pertencentes a portuguezes.

§7. — Mas nem por todos é seguida a opinião que fica exposta, em relação aos moveis sitos em Portugal, mas pertencentes a estrangeiros, e aos situados fóra do paiz mas pertencentes a portuguezes. O sr. Moraes de Carvalho Junior manifestou-se em sentido contrario n'uma das conferencias ordinarias da *Associação dos Advogados de Lisboa* (27 de janeiro de 1875) onde expoz as seguintes ideias:

Emquanto ao *objecto* da disposição é ainda necessario fazer uma distincção; ou os bens sobre que ella versa são *immoveis* ou *moveis*. No primeiro caso não ha duvida que a lei reguladora é a do paiz onde aquella tem de produzir os

seus effeitos; e portanto em Portugal não se podem estabelecer fideicommissos ou morgados. Mas se os bens são moveis muitos entendem que elles estão de tal modo unidos á pessoa que devem ser regidos pela lei da sua nacionalidade. Estes são os principios de direito internacional mais geralmente admittidos, e seguidos pelo *Codigo Civil*.<sup>1</sup>

Com elle concorda o sr. conselheiro Dias Ferreira; e como o primeiro nada diz a tal respeito, ouçamos d'este os fundamentos da doutrina.

«O art. 24.º declara sujeitos á lei portugueza os portuguezes no estrangeiro quanto á propriedade *immobiliaria*, sita no reino, mas é omisso quanto á *mobiliaria*.

«O *Codigo Civil* Francez, no art. 3.º, diz «Os *immoveis* ainda possuidos por estrangeiros são regidos pela lei franceza», e nada dispõe tambem com relação a moveis.

«E Rogron, commentando este artigo, diz o seguinte: «Declarando o artigo sujeito ás leis francezas só<sup>2</sup> os *immoveis* possuidos por estrangeiros, é consequente que as disposições de um estrangeiro a respeito dos seus *moveis* devem ser regidos pela lei do paiz onde elle têm o seu domicilio; e a razão é porque os moveis, não tendo assento fixo, não podem ser regidos senão pelas leis que governam a pessoa do proprietario.»

«O Projecto do Cod. Civ. Hespanhol, no art. 9.º, determina que os direitos e obrigações relativos a

<sup>1</sup> *Gaz. da assoc. dos Advog.*, anno II, pag. 263.

<sup>2</sup> O vicio d'este argumento está na palavra *só*, que a lei não emprega, mas de onde se procura tirar a conclusão a que Rogron chega.

bens moveis são regidos pela lei do paiz onde está domiciliado o proprietario.

«E diz Goyena, annotando este artigo, que a maior parte dos codigos guardam silencio a respeito dos moveis, por não julgarem necessario providenciar acerca d'elles, depois de se ter determinado que os immoveis são sempre regidos pela lei da situação, porque assim resalta naturalmente o argumento *a contrario sensu*, de que os moveis são regidos pelo estatuto pessoal do proprietario.

«Em vista da redacção do nosso Codigo, tendo em attenção as suas fontes, e as legislações conhecidas, seguimos egualmente a opinião de que os moveis são regidos, não pela lei da situação dos bens, mas pelo estatuto pessoal do proprietario.» <sup>1</sup>

**58.** — Nem a redacção do nosso Codigo, nem as suas fontes, nem as legislações conhecidas auctorisam, porem, semelhante opinião. Não a letra do Codigo porque, por mais voltas que se dêem ao art. 24.º não é possível firmar n'elle argumento *a contrario sensu* que auctorise aquella opinião; não as suas fontes, porque n'ellas se estabelece doutrina contraria á que se procura demonstrar; não as legislações conhecidas, porque embora seja aquelle o systema mais geralmente admittido, isso nada prova a respeito do nosso Codigo, que n'ellas não foi inspirar-se <sup>2</sup>.

**59.** — O Codigo somente declara que os portuguezes ausentes no estrangeiro se conservam sujeitos ás leis portuguezas concernente á sua propriedade *immobiliaria* situada

no reino (art. 24.º). D'áqui, *por argumento a contrario sensu*, poderiam tirar-se estas regras:

Os portuguezes que viajam ou residem no estrangeiro não ficam sujeitos ás leis portuguezas concernentes:

- a) á sua propriedade *immobil* situada no estrangeiro;
- b) á sua propriedade *mobiliaria* situada no reino;
- c) á sua propriedade *mobiliaria* situada no estrangeiro.

Ora a primeira e a ultima d'estas regras envolvem a condemnação da doutrina do sr. Dias Ferreira, porque a exclusão da lei portugueza, importa a applicação da *lex rei sitae*; a segunda regra envolve, da mesma forma, essa condemnação, porque se por um lado regeita a lei portugueza (*lex rei sitae*), leva pelo outro, contradictoriamente, á sua applicação por ser a *lei pessoal* do proprietario das cousas <sup>1</sup>.

Por outro lado, em relação aos moveis sitos no reino, e pertencentes a estrangeiros, o argumento *a contrario sensu* tirado do art. 27.º, leva tambem a reconhecer a nossa lei como sendo aquella que os deve reger, porquanto os estrangeiros somente estão, por aquelle artigo, sujeitos á sua lei nacional quanto ao seu estado e capacidade civil.

A redacção do nosso Codigo, por conseguinte, não auctorisa de modo algum a applicação da lei pessoal á propriedade *mobiliaria*; antes, por argumento *a contrario sensu*, se chega a determinar a *lex rei sitae*.

**60.** — As fontes do Codigo fornecem ao sr. Dias Ferreira o segundo argumento. Para apreciar o seu valor é indispensavel apurar primeiramente quaes essas fontes sejam.

O sabio juriconsulto julga vel-as no art. 3.º do Cod. Civ. Fr., e no art. 9.º do Proj. do Cod. Civ. Hespanhol; mas o proprio auctor do *Projecto* disse bem alto que não. «A

<sup>1</sup> Annot. ao Cod. Civ. Portug. vol. 1.º pag. 52.

<sup>2</sup> N'este sentido, sr. Dr. Guilherme Moreira, *Prel. cit.*

<sup>1</sup> Conf. supra, n.º 56.

nossa doutrina em que estamos de accordo com o profundo Savigny, é a que se enuncia nos artt. 26.º e 32.º (correspondentes a 24.º e 27.º do Cod.)» <sup>1</sup>.

Ora o profundo Savigny, negando fundamento á distincção entre cousas moveis e immoveis para o effeito da lei applicavel, erigiu em regra geral o preceito de que umas e outras deviam ser regidas pela *lex rei sitae* <sup>2</sup>. Se o Codigo Francez e o Projecto Hespanhol estabelecem, como regra geral, a lei pessoal do proprietario, como diz o sr. Dias Ferreira, esses Codigos afastaram-se evidentemente da doutrina do sabio romanista, adoptando a contraria <sup>3</sup>. Ir buscal-os para fontes do nosso Codigo é, pois, de todo o ponto inadmissivel.

Em conclusão: a doutrina do Codigo foi bebida em Savigny, e este é contrario ao sr. Dias Ferreira. Foram, pois, mal invocadas as fontes.

§ 1. — O facto incontestavel de ter encontrado guarida na maior parte das legislações a doutrina que subjeita os moveis a uma lei differente da que regula os immoveis, não é motivo para que o silencio do nosso Codigo possa ser interpretado como significando adhesão a este principio. Não foi este o unico ponto em que o legislador portuguez se apartou d'elles; o proprio systema do Codigo é d'isso uma prova concludente. O argumento só teria força quando se

<sup>1</sup> *Apostilla* cit., pag. 48.

<sup>2</sup> *Conf. supra*, n.º 47.

<sup>3</sup> Partimos da presumpção de que a interpretação de Rogron é verdadeira, como affirma o sr. Dias Ferreira; mas em verdade ella é justamente impugnada por varios jurisconsultos francezes, entre os quaes Merlin (*Rep. verb. loi*, § 6. n.º 3). O Cod. Civ. Hesp. não aceitou inteiramente a doutrina do Projecto, substituindo a lei do domicilio pela lei nacional do proprietario. «*Los bienes muebles*, diz o art. 10.º, *están sujetos a la ley de la nacion del propietario, salvo las disposiciones contrarias del pais en que se encuentren*.» É a mesma doutrina do Codigo Civil Italiano; é mesmo a tradição do seu art. 7.º

demonstrasse que o legislador os quiz seguir; ora elle declarou, pelo contrario, que queria apartar-se d'elles para seguir o profundo Savigny.

§ 2. — Mas se não bastasse para condemnar a doutrina do sr. Dias Ferreira tudo o que deixamos escripto precedentemente, bastaria attentar nas applicações que o mesmo escriptor d'ella faz logo em seguida para reconhecer quanto é falsa.

«Porem que significa o principio de que os moveis existentes em territorio portuguez, não são regidos pela lei portugueza, mas pelo estatuto pessoal do proprietario?

«Significa por ventura que esses bens escapam á lei portugueza sobre presc. pções sobre impostos, sobre processo, etc.? Decer: que não.»

E pouco depois acrescenta:

«Portanto afinal a nossa lei civil é applicavel a toda e qualquer propriedade, sem distincção de movei ou immovel, existente em territorio portuguez.»

«Verdadeiramente os bens moveis sitos em territorio portuguez só são sujeitos á lei pessoal do proprietario extrangeiro para o effeito da successão testamentaria ou *ab intestato*.» <sup>1</sup>

É, pois, inteiramente absorvida pelas excepções a regra geral enunciada pelo sr. Dias Ferreira! Inteiramente dizemos, porque a unica excepção que elle apresenta não é realmente uma excepção, como teremos occasião de demons-

<sup>1</sup> *Annot. cit.* 1 vol. pag. 52 e 53.

trar, visto que não se refere á condição jurídica dos moveis, á sua organização, unico aspecto sob o qual elles são aqui considerados. E dos moveis considerados em si mesmos, é dos direitos reaes, que nós curamos agora; e a *successão* é um direito pessoal, que tem de regular-se por uma outra ordem de principios.

A regra geral do sr. Dias Ferreira, é, pois, uma regra que não tem applicação a caso algum, no dizer mesmo do seu defensor!!

Mas nem d'isto precisava a opinião que sustentamos.

**63.**— Aceito o principio da *lex rei sitae* uma difficuldade apparece quando se tracta da sua applicação áquellas cousas que não têm uma situação estavel, e ás quaes, por isso, é quasi impossivel determinar o logar em que n'um dado momento se encontram. O Codigo não exclue a distincção estabelecida por Savigny (supra, n.º 47) antes estava no seu espirito admittil-a. Entendemos, por isso, que a ella deve recorrer-se. Não é isto uma derogação á regra geral que defendemos; essa regra subsiste. O que se procura é determinar qual o logar em que a cousa se achava quando foi creada a relação jurídica em questão; e como essa determinação é difficil, e por vezes quasi impossivel, torna-se necessario firmar a presumpção de que estava n'um certo logar, que só as circumstancias poderão indicar, afim de lhe ser applicada a lei d'esse logar. Esta presumpção deverá ceder sempre perante prova em contrario.

E, no fundo, de harmonia com estes principios que se acha redigido o Codigo Argentino, que no seu art. 11.º diz o seguinte:

«Los bienes muebles que tienen situacion permanente y que se conservan sin intencion de transportalos, son regidos por las leyes del lugar en que

están situados; pero los muebles que el propietario lleva siempre consigo, ó que son de su uso personal, esté ó no en su domicilio, como tambien los que se tienen para ser vendidos ó transportados á otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño.»

Aqui o legislador firmou, porem, uma presumpção *de jure et jure*, como se vê das palavras: *estefam ou não no seu domicilio*, doutrina que, praticamente, julgamos vantajosa por evitar disputas de solução difficil na producção das provas relativas a factos que mal podem comprovar-se, e porque a presumpção se esteia na ordem natural das cousas.

Mas á face do nosso Codigo outra deve ser a natureza da presumpção; só a lei podia dar-lhe a força que tem a do Codigo Argentino, e em parte alguma o legislador portuguez estabeleceu essa doutrina.

## CAPITULO III

### Da forma externa dos actos

- 
- 64.—A regra *locus regit actum*; qual o seu fundamento racional?  
65.—A *submissão voluntaria*; refutação d'este systema.  
66.—A *necessidade e a utilidade*; razões d'este systema.  
67.—A nossa opinião.  
68.—Limites d'aquella regra: é somente applicavel ás formalidades externas.  
69.—Contín. Diversas especies de formalidades: doutrina dos escriptores.  
70.—Contín. A regra *locus regit actum* é somente applicavel aos actos authenticos? Refutação d'esta doutrina.  
71.—Contín. Os actos *solemnes* poderão ser feitos fóra do paiz por fórma não authentica?  
72.—Contín. Doutrina de Duranton e de Laurent.  
73.—Contín. Sua refutação; a doutrina de Demolombe.  
74.—*Character da regra*: deverá ser obrigatoria? Divergencias dos escriptores.  
75.—Contín. Deve ser facultativa? Argumentos em favor d'esta opinião. Sua refutação. A nossa opinião.  
76.—Contín. Os actos praticados no estrangeiro com o fim de illudir a lei nacional, serão nulos? Entendemos que não.  
77.—A *doutrina do nosso Código*, harmonisa-se com os principios da sciencia.  
78.—Contín. Tanto aos documentos authenticos como aos particulares se applica a regra *locus regit actum*.  
79.—Contín. Os actos *solemnes* á face da lei portugueza, podem ser feitos no estrangeiro por forma não authentica, sempre que a lei o não prohiba expressamente.  
80.—Contín. A regra *locus regit actum* é obrigatoria.  
81.—Contín. Excepções á doutrina exposta.  
82.—Os documentos passados em lingua estrangeira só produzem effeitos entre nós sendo devidamente traduzidos.

61. — N'um ponto estão actualmente d'accordo as leis dos differentes povos com os tratadistas de *Direito internacional*, qualquer que seja a escola a que pertençam: em reconhecer que a forma externa dos actos deve ser regulada pela lei do logar onde são praticados. E o principio que de ha muito se exprime pela expressão *locus regit actum*.

Alguns pretendem encontrar o precedente d'esta regra no direito romano; mas os textos que em seu abono invocam não auctorisam uma tal opinião, que seria até incompatível com o principio da *personalidade das leis*, tal como os romanos o entendiam <sup>1</sup>. Qualquer que seja, porem, a sua origem, o certo é que ella se encontra referida frequentemente na obra dos antigos juriconsultos, ainda que impugnada por alguns <sup>2</sup>; mas as divergencias criam corpo, entre os modernos, quando se procura determinar a sua razão de ser, os seus limites e o seu caracter <sup>3</sup>.

**65.**— A submissão voluntaria e momentanea do estrangeiro á lei do logar onde o acto se realisa, é o fundamento que alguns assignam á regra cujo estudo vimos fazendo. «O estrangeiro, escreve Hert, torna-se, quanto aos seus actos, vassallo temporario da nação em que se encontra, ficando, todavia, submettido, quanto á sua pessoa, ás leis do seu paiz <sup>4</sup>.

Laurent e Weiss justamente combatem esta doutrina. Com effeito o principio da submissão voluntaria á lei d'um paiz poderia justificar a validade do acto dentro d'esse mesmo paiz, mas não fóra d'elle; ora a verdadeira importancia da regra *locus regit actum* é precisamente firmar a validade dos actos alem das fronteiras do paiz onde este foi realiado. «Cette portée internationale de notre règle, acrescenta o segundo d'aquelles auctores, nous montre qu'elle repose sur autre chose que sur une prétendue soumission de l'étranger à la souveraineté locale.» <sup>5</sup>

<sup>1</sup> Modesto Falcon, *Cod. Cod. Hesp.*, vol. 1.º pag. 47, not. 1; Lainé, *Introd. ao direito intern. priv.*, 1.º vol. pag. 151; Despagnet, *obr. cit.* pag. 347; Asser, *obr. cit.* pag. 60, not. 1.

<sup>2</sup> Cujacio e Burgundio, entre os antigos; e depois d'elles Eichhorn e Mühlenbruch.

<sup>3</sup> Weiss, *obr. cit.* pag. 250; Grasso, *obr. cit.* pag. 276. Conf. supra, n.º 22.

<sup>4</sup> Cit. por Weiss, *obr. cit.* pag. 253.

<sup>5</sup> Weiss, *obr. e loc. cit.*; Grasso, *obr. cit.* pag. 275, not. 324.

**66.**— A *utilidade*, e em muitos casos a *necessidade*, de reconhecer a validade dos actos realiaados em paiz estrangeiro conformemente á lei do logar no que respeita ás suas formas *extrinsecas*, é o fundamento invocado por outros. É necessario evitar, disseram J. Voet e Rodemburgo, que o possuidor de bens situados em diversas regiões tenha o incommodo e a difficuldade de redigir tantos testamentos ou contractos quantos os bens sujeitos ao inperio de leis diversas, ou de observar no mesmo testamento ou contracto todas as formas prescriptas nos diversos logares da situação dos bens. Não seria, alem d'isto, possível observar as formas prescriptas pela lei do domicilio, ou pela da situação dos bens, quando o individuo fosse ferido de doença mortal n'uma região differente d'aquellas; como o não seria tambem, fóra d'este caso, para muitas pessoas por não conhecerem as formas prescriptas em todas aquellas leis. E, finalmente, acrescentam, é preciso impedir que os actos realiaados de boa fé sejam annullados muito facilmente, e quasi sem culpa das partes <sup>1</sup>.

Do mesmo parecer são Asser <sup>2</sup>, Grasso <sup>3</sup>, Despagnet <sup>4</sup>, e outros.

<sup>1</sup> Lomonaco, *obr. cit.* pag. 178-180.

<sup>2</sup> «Il est souvent impossible, escreve Asser, d'observer, en faisant un acte, des formes autres que celles que prescrit la loi du pays; on ne saurait, par exemple, faire un acte notarié dans un pays où le notariat n'existe pas.» (*Ob. cit.* pag. 60).

<sup>3</sup> «A forma dos actos é connexa com a organização judiciaria de um paiz, e com as instituições que d'ella dependem: ora se ha leis que tenham profundamente impresso o caracter da territorialidade são decerto estas. Uma grande parte dos actos faz-se com a intervenção do juiz, ou dos outros officiaes publicos (notarios) os quaes não podem exercer as suas funções senão onde têm jurisdicção, e com as formalidades prescriptas pela lei.» (*Ob. cit.* pag. 274-275).

<sup>4</sup> «Sob pena de tornar impossivel a realiação n'um paiz de actos juridicos que devam produzir n'outros os seus effeitos, sob pena, por conseguinte, de paralisar as relações internacionaes, é necessario accellar a

67.—A *necessidade* é uma razão, mas não é a unica, que obriga a acceitar a regra *locus regit actum*. Apar d'esta razão pratica, ha um principio racional, que muito importa considerar, para que, cessando aquella necessidade, não deixe, cons. juentemente, de applicar-se a regra.

As formas exteriores que revestem o acto têm por fim assegurar a livre e sincera expressão da vontade das partes que n'elle outhorgam; estão, por isso, intimamente ligadas ás condições peculiares do paiz, á moralidade e ao caracter dos seus habitantes. Devem, portanto, variar de um para outro lugar; formas que aqui offerecem plena garantia, serão alem justamente considerados insufficientes. Como disse Merlin «chaque pays a ses lois pour les formes probantes des actes, et ces lois sont toujours fondées sur des motifs différents. Tout dépend, en cette matière, de l'opinion que le législateur a eu de ses sujets, et par conséquent les lois relatives à la force probante des actes sont fondées sur des raisons purement locales et particulières à chaque territoire. Il n'y a donc que la loi du lieu où un acte a été passé que puisse en attester la vérité.»<sup>1</sup>

É, na verdade, o legislador de cada paiz quem melhor conhece as qualidades moraes, os prejuizos mesmo, do seu povo; é elle, portanto, o que melhor pode estabelecer as formalidades necessarias para assegurar a liberdade das artes. A lei do lugar onde o acto se realisa é, pois, para dizer o mesmo por outras palavras, a que melhor convem á natureza d'estas relações juridicas.

Por isso acceitamos esta doutrina.

regra *locus regit actum* e reconhecer a validade, sob o ponto de vista da forma, dos actos em que se observaram as formalidades prescriptas pela lei do paiz onde tiveram logar» (Obr. cit. pag. 349).

<sup>1</sup> Weiss, obr. cit. pag. 254 not. 1; Grasso, obr. cit. pag. 275.

68.—A discussão que fica registada nos numeros anteriores deixa já sufficientemente esboçados os limites da regra *locus regit actum*; ella refere-se exclusivamente ás formalidades extrinsecas do acto. Mas como os antigos escriptores distinguiam nos factos juridicos diversas especies de *formas*, convem relembrar essa classificação, não só para determinar o verdadeiro significado da expressão *formalidades extrinsecas*<sup>1</sup>, mas ainda para mostrar que aquella regra não podia ser applicada ás demais especies.

69.—Formalidades *habilitantes, visceraes ou intrinsecas, probatorias ou instrumentarias, e de execução*—eis as quatro especies admittidas pelos antigos auctores.

Pertenciam á primeira especie as que tornavam capaz de praticar um certo acto, pessoas que, pelo seu estado, o não podiam fazer; a aucto. sação do tutor ao menor, do marido á mulher, etc., são exemplos d'estas formalidades.

As *intrinsecas ou visceraes* constituíam a propria essencia do acto; eram aquellas sem as quaes o proprio acto não podia existir, como, por exemplo, o mutuo consenso, e o objecto possivel, nos contractos.

Referiam-se ás condições necessarias para que um acto podesse ser executado, as formalidades chamadas *executivas*. As formalidades *extrinsecas*, finalmente, comprehendiam as formas materiaes que deviam observar-se na feitura do acto, quer para assegurar a livre expressão da vontade das partes, (*solemnidades*) quer para facilitar a sua prova (*probatorias*)<sup>2</sup>.

As formalidades de *execução*, pertencendo ao processo,

<sup>1</sup> «A reunião das circunstancias ou solemnidades, diz Coelho da Rocha, chama-se forma. Esta ou é *interna*, quando se refere ao objecto, e conteúdo no acto; ou *externa* quando ás solemnidades, que se devem praticar no momento da sua celebração, como a escriptura, as testemunhas.» (Inst. de Dir. civil, § 96.

<sup>2</sup> Weiss, obr. cit. pag. 251 not. 1; Grasso, obr. cit. pag. 276; Despagne, obr. cit. pag. 346; Asser, obr. cit. pag. 61.

nada têm com o direito civil; as *habilitantes* dizem respeito á capacidade das pessoas, tem de ser reguladas pela sua lei pessoal; as *intrinsecas*, ou respeitam, também, á capacidade, ou á validade do acto em si, que tem de ser apreendida por outras regras, como veremos; só as *extrinsecas* são verdadeiras *formas*, só a ellas cabem as considerações que justificam a applicação da regra *locus regit actum*.

E', pois, a estas somente que temos de referir-nos aqui. Mas se n'este ponto são concordes os escriptores, elles divergem todavia emquanto á maior ou menor extensão da regra.

50. — Para alguns auctores a regra que estamos analysando é somente applicavel aos *actos authenticos*, isto é, áquelles em que não pode deixar de intervir o official publico. As razões que justificam esta regra, dizem elles, não procedem quando se tracta de *documentos particulares*, porque estes são feitos pelo proprio individuo, ou por qualquer outro particular, sem ter de recorrer aos funcionarios locais. Não ha, pois, motivo de estender até estes actos os limites da regra *locus regit actum*.

Mas esta doutrina é inaceitavel; os fundamentos em que assenta não exprimem a verdade.

Com effeito, como já tivemos occasião de dizer, a regra *locus regit actum* não se esteia apenas na *necessidade* que os povos tem de admittil-a; mas na propria natureza das relações juridicas em questão que reclamam a sua preferencia, como a mais conveniente a essas mesmas relações (*supra*, n.º 67). Mas quando mesmo assim não fosse, a necessidade de applicar aquella regra não é menos sentida em relação aos documentos particulares, do que em relação aos actos authenticos. Em primeiro logar a observação dos factos mostra que em regra os documentos particulares não são feitos pelas proprias partes, e quando o são, é por conselho e indicação de agentes de negocios, advogados, etc., visto serem poucas

as pessoas com conhecimentos juridicos bastantes para regularem por si os seus negocios. Ora suppor que estas pessoas a quem as partes se dirigem têm conhecimento das leis estrangeiras que regem a forma dos actos afim de poderem esclarecel-as, é desconhecer a realidade das cousas. E quando mesmo se admittisse, como parecem fazel-o os defensores d'esta opinião, que as partes tem conhecimento sufficiente da sua propria lei para de harmonia com ella redigirem os documentos particulares em que intervêm, nem assim as dilliculdades terminariam, porque a lei applicavel não seria *sempre* a sua lei nacional, mas a do logar onde os actos tivessem de produzir o seu effeito. E será crível que um allemão, por exemplo, com bens em Portugal, conheça as formalidades exigidas pelo Codigo Portuguez para todos os actos que importem alienação d'aquelles bens, venda, doação, testamento, etc.?

Não ha, pois, razão para subtrahir os documentos particulares ao imperio da regra, *locus regit actum* <sup>1</sup>.

51. — Tanto os documentos authenticos, como os particulares devem, pois, ser elaborados em harmonia com a lei do logar onde são feitos. Mas uma outra questão surge a este proposito.

Os documentos celebrados n'um paiz, qualquer que seja a natureza do acto a que respeitam, terão a mesma força probatoria em todos os logares onde a regra *locus regit actum* seja admittida?

A solução affirmativa parece derivar das considerações expostas.

Não o entendem, porem, assim alguns auctores, que só reconhecem a validade n'um paiz dos actos ahi considerados

<sup>1</sup> Despagnet, *obr. cit.* pag. 350-351; Weiss, *obr. cit.* pag. 255; Grasso, *obr. cit.* pag. 277.



*solemnes* <sup>1</sup> quando constem de documento authenticico, embora a lei do logar onde se realisaram não tivesse uma tal exigencia. Por esta forma, para tirar exemplos do nosso Codigo, as doações e a compra e venda de bens immobiliarios de valor superior a 50\$000 réis, tendo de ser feitas por escriptura publica (artt. 1459.º, e 1590.º § 2.º) são *actos solemnes*; e por isso não produziram effeitos entre nós quando celebrados por titulo particular, embora o fossem n'um paiz onde cada um d'aquelles actos podesse por essa forma realizar-se. Por igual razão, se n'um paiz onde a perfilhação podesse fazer-se por titulo particular um portuguez quizesse reconhecer um lillo illegitimo, não poderia fazel-o por aquella forma, mas somente por um acto authenticico (Cod. Civ. artt. 119.º, n.º 1, 123.º e 2469.º).

Convem, todavia, advertir que os partidarios d'esta doutrina não exigem que no logar onde o acto se effectua se observem as formalidades exigidas pela lei do logar onde o mesmo acto tem de produzir os seus effeitos; mas somente as que n'esse logar são precisas para lhe imprimir o caracter de authenticidade.

Exposta a doutrina, vejamos os seus fundamentos.

32.—Duranton, que foi o primeiro a enunciar-a, defende-a n'estas palavras:

«A maxima *locus regit actum* é fundada sobre a necessidade das cousas, e deve operar exclusivamente nos limites d'esta necessidade. A lei exige um acto publico; é verdade que as formalidades dos nossos actos publicos não podem ser observadas senão pelos nossos officiaes publicos, e é, por certo,

<sup>1</sup> São aquelles cuja *validade* depende de se terem n'elles observado certas formalidades estabelecidas pela lei.

necessario observar nos paizes estrangeiros as formalidades dos actos publicos estrangeiros; mas nenhuma razão dispensa da observancia da condicção de um acto publico exigida pela lei, podendo cumprir-se esta condicção em paiz estrangeiro.» <sup>1</sup>

Laurent, que sustenta a mesma opinião, põe mais claramente as razões, que Duranton só parece ter entrevisto:

«Dizem, escreve elle, que não se tracta d'uma forma intrinseca, concernente ao fundo, mas d'uma forma extrinseca. Aqui, em nosso parecer, é que está o erro.»

E pouco adiante acrescenta:

«O vicio, a bem dizer, não está na forma, está no consentimento, que respeita evidentemente ao fundo; com effeito nos contractos solemnes, o consentimento só existe quando é expresso pelas formas que a lei exige; quando não se observaram estas formas não ha consentimento, e, portanto, não ha contracto. D'aqui concluimos nós que um contracto solemne, para o qual a lei franceza prescreve a authenticidade, não pode ser realisado no estrangeiro por documento particular. Será isto violar a maxima *locus regit actum*? De modo algum, pois, para julgar da validade do acto authenticico realisado no estrangeiro applicar-se-ha a lei do logar onde o acto foi praticado, e não a lei franceza. A authenticidade é da essencia do acto; a forma da authenticidade é uma condicção extrinseca.» <sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Cours de droit français suivant le Code Civil*, tomo 1.º n.º 91.

<sup>2</sup> *Principes de droit civil*, 1.º vol. pag. 155 e 156. Com elle concorda Grasso: «Per contro deve applicarsi a tutti gli atti. notando però, col Lau-

33.—A doutrina de Laurent não encontra echo nos tribunaes, nem tampouco nos escriptores. Demolombe attacando-a nos seus fundamentos e nas suas conclusões, assigna á forma extrinseca dos actos, o seu verdadeiro ambito.

«Em primeiro lugar, escreve elle, todos os escriptores estão d'accordo em que a regra *locus regit actum* se applica ás *formas do acto*. Ora a differença entre o acto authenticico e o feito por escripto particular, é somente uma *differença de forma*. Portanto a forma por escripto particular, n'um paiz em que é admittida para um dado acto, deve equivaler á forma authentica n'um outro paiz que para este mesmo acto exige a authenticidade; visto que tal differença não é intrinseca, mas extrinseca; não é na substancia, mas na forma; cahindo, portanto, sob o imperio da nossa regra.

«Alem d'isso, não é a propria natureza das cousas que assim o exige? Pois que aconteceria se o official publico estrangeiro se recusasse a praticar um acto que não está nas suas attribuições, e para o qual effectivamente não tem nemhumas faculdades, visto que no paiz onde exerce as suas funções somente se exige que este acto seja praticado por escripto particular?»<sup>1</sup>

rent, che le forme richieste *ad solenitatem* costituiscono condizioni attinenti piuttosto alla sostanza dell'atto, quindi non sarà la legge del luogo in cui l'atto vien compiuto che deciderà se, per essere valido, abbia ad essere o no solemne.» (*Obr. cit.*, pag. 277).

Este escriptor, porém, está em contradicção comsigo mesmo, pois tinha pouco antes affirmado (pag. 276) que as formas exigidas *ad solenitatem* eram formalidades *extrinsecas*.

<sup>1</sup> *Cours de Cod. Napoléon*, tomo 1.º n.º 406, pag. 429. Lomonaco, *obr. cit.* pag. 184.

Somos por Demolombe; a doutrina que elle sustenta é a consequencia logica das razões que justificam a maxima *locus regit actum* (supra, n.º 67), e a unica compatiavel com a noção de formalidades *extrinsecas* dada pelos escriptores (supra, n.º 69).

34.—Mas determinado o alcance da regra, torna-se indispensavel apreciar o seu *character*. Deverá ser *obligatoria* para todos os actos realizados no estrangeiro, ou simplesmente *facultativa*?

Com relação aos documentos authenticicos claro é que só a lei do logar pode ser observada, visto que o official publico, cuja intervenção é indispensavel, ha de subjeitar-se á sua propria lei. A natureza das cousas impõe, portanto, o character obligatorio á regra *locus regit actum*, quando se tracta de actos d'esta especie; mas em relação aos documentos particulares não é unanime o parecer dos escriptores que professam a materia. Sustentaram alguns que devia ser obligatoria, Bullenois, Rodenbourg, Brocher, Foelix, Merlin, Buchère, Demolombe, Asser e outros; mas a corrente dos escriptores parece derivar agora em sentido contrario, Weiss, Despagnet, Grasso, Mancini, Lomonaco, etc.

35.—Aquella regra, dizem os partidarios da ultima opinião, constitue para os estrangeiros um favor, é uma derogação ao direito commum da personalidade das leis feita em seu beneficio; esteia-se na impossibilidade em que elles, por vezes, se encontrariam de observar a sua propria lei. Ora desde que esta impossibilidade não existe, desde que os estrangeiros não querem aproveitar-se do favor, não ha razão para que a regra prevaleça.

Esta doutrina parece-me inaceitavel. Não é só a *necessidade* que impõe o respeito pela lei do logar quanto ás formas extrinsecas do acto, é tambem, e principalmente, a

natureza mesma d'essa lei, (supra, n.º 67). Por isso ainda que desapareça a necessidade *individual* de a seguir, subsiste uma outra de ordem superior: a necessidade do Estado exigir para cada acto a forma externa mais conveniente, que é, como já dissemos, a prescripta pela lei do logar onde elle é feito. A regra deve ter, pois, um character obrigatorio; só assim poderão evitar-se difficuldades que o principio contrario torna insolueis. Com effeito qual a lei applicavel aos documentos particulares em que intervenham pessoas de nacionalidade differente? E quando mesmo seja passado entre co-nacionais, se o acto deve produzir effeitos em paiz differente do seu, que razão justificaria o reconhecimento d'esse mesmo acto?

Illicueados por estas difficuldades alguns auctores, e com elles o Codigo Civil Italiano, põem á regra *locus regit actum* uma unica restrição relativa aos actos passados no estrangeiro entre dois individuos da mesma nação, e que n'esta hajam de produzir os seus effeitos.

Mas nem esta mesma excepção se comporta nos principios que fundamentam aquella maxima. Desde que o legislador d'um paiz entende que o unico meio de assegurar a livre vontade das partes n'um testamento, por exemplo, é cercar esse acto de certas formalidades, em harmonia com o meio em que é feito, exigindo um numero elevado de testemunhas e a intervenção do official publico, será justo que um estrangeiro possa praticar esse acto prescindindo de todas aquellas formalidades, porque no seu paiz ellas são dispensadas? Onde está a garantia de que um testamento feito n'estas condições traduz a ultima e livre vontade do testador?

A regra *locus regit actum* deve, pois, ser obligatoria <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> «Mais se l'on envisage, escreve Asser, la théorie du conflit des lois d'un point de vue plus général, on ne voit guère de motif de déclarer la règle facultative. Quelles que soient les considérations qui l'on fait ado-

**76.** — A doutrina que defendemos traz implicita a solução de uma difficuldade que a este respeito costuma apresentar-se.

*Que valor terão os actos praticados no estrangeiro com o fim de illudir a lei nacional?*

Na verdade pode acontecer que uma pessoa para fugir ás formalidades, mais ou menos rigorosas, de que a sua lei nacional faz depender a validade d'um acto, se transporte a um paiz estrangeiro, menos exigente a tal respeito, para ali o realizar. Deverá este acto considerar-se valido?

Alguns auctores propugnam a sua nullidade, já em nome do principio *fraus omnia corrumpit*, já porque sendo a necessidade o fundamento da regra *locus regit actum* esta não tem applicação quando tal necessidade não exista <sup>1</sup>.

Mas, a nosso juizo, taes actos devem considerar-se validos, não só porque sendo a regra obligatoria ninguem pode fugir ao seu imperio, mas ainda porque seria, praticamente, de uma difficuldade invencivel determinar *em muitos casos* se as partes foram propositadamente ao estrangeiro realizar o acto afim de se subtrahirem ás disposições da sua lei nacional. Tanto mais que, conforme a doutrina que expozemos, as formalidades exigidas em cada paiz offerecem sempre as melhores garantias da liberdade das partes, que n'esse mesmo paiz realisam actos juridicos, e da certeza d'esses mesmos actos.

pter, nous pensons qu'une foi adoptée, elle doit être obligatoire. Nous la croyons destinée à augmenter la certitude des faits juridiques. Or, cette certitude doit exister *a priori*, et être indépendante de tous déplacements subséquents.» (Obr. cit. pag. 65 e 66).

<sup>1</sup> Laurent, tomo 2.º pag. 432; Aubry e Rau, tomo 1.º pag. 413. Contra: Weiss, obr. cit. pag. 256; Despagnet, obr. cit. pag. 354-355; Mazzoni, obr. cit. pag. 187.

22.—Acha-se consignado na maior parte das leis estrangeiras e é acceito pela jurisprudencia de todos os paizes, o principio *locus regit actum*. O nossoCodigo Civil estabelece tambem expressamente essa doutrina na ultima parte do art. 24.º, quanto aos portuguezes que viajam ou residem em paiz estrangeiro:

«A forma externa dos actos, diz elle, será todavia regida pela lei do paiz onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrario.»

E o Codigo Commercial repete a mesma disposição (art. 4.º n.º 3.º). Convem, no entanto, analysar, a proposito do nosso Codigo, cada uma das questões que, no campo da doutrina, deixamos apontadas nos numeros anteriores.

23.—Qual será o alcance do art. 24.º? Referir-se-ha apenas aos documentos authenticos, ou tambem aos particulares?

A lei falla, de um modo geral, na *forma externa dos actos*; não distingue entre authenticos e não authenticos; e é principio de boa hermineutica juridica que onde a lei não distingue não pode o interprete distinguir. Logo tanto os documentos authenticos, como os particulares, deverão regular-se, quanto á sua forma, pela lei do logar onde forem passados.

Em alguns artigos do Codigo encontra-se a confirmação d'este principio. Assim o art. 1065.º reconhece a validade do casamento celebrado em paiz estrangeiro desde que se tenha observado, quanto á forma externa do contracto, a lei do logar onde foi feito. Portanto se houver um paiz em que o contracto de casamento se faça por um documento particular, esse documento será reconhecido entre nós desde que n'elle se guardem as formas prescriptas pela lei do logar.

O Cod. do Proc. fornece, tambem, no seu art. 213.º, argumento em favor d'esta opinião, pois estabelecendo as formalidades a que os documentos escriptos em lingua estrangeira devem ser sujeitos afim de serem attendidos nos tribunaes portuguezes nenhuma distincção faz entre os authenticos e os particulares.

E comquanto o art. 24.º se refira apenas aos actos praticados por portuguezes que viajam ou residem no estrangeiro, não pode haver duvida de que o mesmo principio é applicavel aos actos praticados fóra do paiz por estrangeiros e que tenham de produzir entre nós os seus effeitos.

O proprio Codigo o declara a proposito de alguns casos particulares. Assim o testamento feito por subdito não portuguez fóra de Portugal, produz no paiz os seus effeitos legais, por força do art. 1965.º, desde que no testamento se tenham observado as disposições da legislação do paiz onde foi feito.

Em nosso entender, pois, os documentos authenticos ou os particulares passados no estrangeiro, seja ou não entre portuguezes, produzem os seus effeitos no reino desde que se tenha observado, quanto ás suas formalidades externas, a lei do paiz onde foram feitos.

24.—Mas os actos que a lei portugueza considera *solemnes*, realizados n'um paiz onde podiam legalmente fazer-se por titulo particular, produzirão entre nós os seus effeitos quando se tenha observado a lei do logar, não constando, por isso, de titulo authenticos?

Sem duvida alguma. O art. 24.º manda reger pela lei do logar as *formalidades externas* do acto, e, como bem o demonstrou Demolombe (*supra*, n.º 73) as *solemnidades* são apenas uma questão de forma. Em alguns dos seus artigos fornece-nos o Codigo a completa demonstração d'esta dou-

trina. Além do citado art. 1965.º que reconhece a validade do testamento feito no estrangeiro, por subdito não portuguez, em harmonia com a lei do lugar, e, consequentemente, quer seja por forma *authentica*, quer não, temos o preceito expresso e terminante do art. 1085.º, que tanto se applica a portuguezes como a estrangeiros, admittindo qualquer *meio de prova* para o casamento contrahido fóra do reino, se taes actos não estiverem sujeitos a registo regular e authentico no lugar da celebração. E todavia, á face da lei portugueza, tanto o testamento, como o matrimonio, são actos solemnes (Cod. Civ., art. 2469.º).

O art. 1106.º, ordenando que as convenções ante-nupciaes estipuladas em paiz estrangeiro, entre portuguezes, sejam celebrados por *forma authentica*, confirma esta doutrina, pois suppõe, como verdadeira excepção, uma regra geral em sentido contrario.

§§.— Os termos em que está redigida a ultima parte do art. 24.º mostra finalmente, que o legislador portuguez não estabelece como mera *faculdade*, mas como uma *obrigação*, a regra *locus regit actum*. «A forma externa dos actos, diz elle, *será* regida pela lei do paiz onde forem celebrados, *salvo* nos casos em que a lei *expressamente* ordenar o contrario.» Portanto, sempre que a lei não determine *expressamente* o contrario, os actos celebrados no estrangeiro por portuguezes só poderão ser reconhecidos em Portugal se na sua forma externa estiverem conformes com a lei do lugar onde foram praticados.

Com relação á forma externa dos actos praticados por estrangeiros no paiz, nada dispõe o Codigo, e nem d'isso havia mister, porque se esses actos devem produzir effeitos entre nós, claro é que a sua forma externa tem de ser apreciada pela lei portugueza, que é conjunctamente a do lugar onde foram praticados, e se aqui não devem produzir effei-

tos, não cumpria ao legislador portuguez occupar-se d'elles. Mas quanto aos actos feitos no estrangeiro por subditos não portuguezes, entendemos, por argumento de analogia, que só podem ser reconhecidos entre nós quando conformes, quanto á forma, com a lei do lugar onde foram praticados.

Se o legislador impõe aos seus nacionaes a obrigação de observarem as leis do lugar quanto á forma dos actos, se nem sequer permite que elles se conformem com a lei portugueza, é porque reconhece que é aquella lei a *unica* que offerece as garantias sufficientes para esses mesmos actos, e portanto não podia abrir em favor dos estrangeiros uma excepção que, contrariando o seu modo de pensar, os favorecia mais do que aos proprios nacionaes.

§1. — Mas nem sempre as formas do acto são regidas pela lei do lugar. É o Codigo que o diz, quando na ultima parte do art. 24.º resalva os casos em que a lei determina o contrario. Uma das excepções áquella regra estabelece-a o art. 1106.º percebendo que as convenções ante-nupciaes estipuladas em paiz estrangeiro, entre subditos portuguezes, devem ser feitas por acto authentico, quer perante os agentes consulares do governo portuguez, quer perante o official publico d'esse paiz e pela forma n'elle estabelecida. E no mesmo sentido dispõe o art. 1962.º:

«Os consules ou vice-consules portuguezes poderão servir de tabellães na celebração e approvação dos testamentos dos subditos portuguezes contanto que se conformem com a lei portugueza, excepto no que diz respeito á nacionalidade das testemunhas, que poderão, n'este caso, ser estrangeiras.»

Estas excepções, que por seu lado vem confirmar a regra de que até os actos solemnes podem ser feitos no ex-

trangeiro por forma não authentica, uma vez que se guarde a lei do logar, não são as unicas. O interesse publico dicta, por vezes, certos preceitos que por consideração alguma podem ser alterados. Ora as regras geraes que ficam estabelecidas soffrem tambem as limitações que d'esses preceitos derivam.

**82.**—Quando os documentos são escriptos em lingua estrangeira, para serem attendidos no reino, precisam, porrem, de ser acompanhados de traducção authentica pelo consul da nação respectiva; e se esses documentos forem expedidos por auctoridades estrangeiras só terão validade quando estiverem visados pelo funcionario diplomatico ou consular portuguez na respectiva nação e reconhecida a assignatura d'este no ministerio dos Negocios Extrangeiros. Se não houver no reino consul da nação em cuja lingua o documento foi escripto, será a sua traducção feita por peritos (Cod. do Proc. Civ., art. 132.º e § un.).

Os documentos escriptos em lingua estrangeira têm, pois, de ser juntos ao processo em duplicado; e esta exigencia é de tal modo terminante que a Relação de Lisboa <sup>1</sup> julgou parte illegitima para estar em juizo um individuo, que provava essa legitimidade com uma certidão passada em lingua franceza <sup>2</sup>.

## PARTE 2.<sup>a</sup>

### Das applicações

»«< —

<sup>1</sup> Acc. de 22 de julho de 1885, *Gazeta da Rel. de Lisboa*, 1.º anno, n.º 25.

<sup>2</sup> Dias Ferreira, *Comt. ao Cod. do Proc.*, 1.º vol. pag. 300.

## CAPITULO I

### Do casamento

---

83.—Razão d'ordem.

**§3.**—É a proposito do matrimonio, e dos direitos que d'elle derivam, que mais bastos conflictos se levantam no campo do direito internacional privado, mormente hoje que as relações entre os povos facilitam e tornam tão frequente a união de pessoas de nacionalidade differente, e sujeitas, por isso, ao imperio de leis diversas.

Nas legislações de todos os paizes se encontram preceitos tendentes a evitar ou resolver esses conflictos. O nosso Codigo Civil, como já tivemos occasião de ver, não descurou inteiramente o assumpto, estabelecendo, tambem, algumas disposições referentes aos casamentos feitos por nacionaes em paiz estrangeiro; nada, porem, preceitua, em especial quanto ao matrimonio contrahido no reino, ou fóra d'elle, por subditos d'outras nações, e que entre nós haja de produzir os seus effeitos, tendo, por isso, o juiz de recorrer aos principios geraes para resolver os conflictos que a este proposito surjam.

E porque o casamento pode ser considerado já em relação ás pessoas, já em relação aos bens, nós dividiremos este capitulo em duas secções, encarando-o sob cada um d'aquelles aspectos á face do direito internacional privado.

## SECÇÃO 1.ª

## Do casamento pelo que respeita ás pessoas

## § 1.º—Da capacidade dos contrahentes

- 84.—A capacidade dos conjuges é regulada, em regra, pela sua lei nacional.
- 85.—Os art. 1065.º e 1066.º do Cod. Civil consignam expressamente esta doutrina na materia de casamento.
- 86.—O casamento contrahido por portuguezes no estrangeiro com offensa do art. 1058.º do mesmo Cod. é valido entre nós.
- 87.—A doutrina do art. 1066.º Opiniões de Bruschy e Dias Ferreira; sua refutação.
- 88.—A lei portugueza não regula os effeitos que os casamentos celebrados em paiz estrangeiro devem produzir no logar da celebração.
- 89.—Synthese da doutrina exposta.
- 90.—A capacidade dos estrangeiros para contrahir matrimonio no reino, tem de apreciar-se á face da sua lei nacional.
- 91.—Contin. Limites impostos a este principio pela *ordem publica internacional*.
- 92.—Contin. Impedimentos derimentes do matrimonio entre nós; nem todos são de ordem publica internacional.
- 93.—Contin. A *cognatio* é impedimento de *ordem publica internacional*; opiniões em contrario.
- 94.—Contin. A idade não é impedimento de *ordem publica internacional*.
- 95.—Contin. O vinculo matrimonial anterior é tambem de *ordem publica internacional*; mas os divorciados podem casar-se entre nós.
- 96.—Quaes os impedimentos derimentes pelas leis estrangeiras, que entre nós se não respeitam?
- 97.—Effeitos no reino do matrimonio celebrado fóra do paiz por estrangeiros.
- 98.—Conclusão.

84.—A capacidade dos contrahentes é a primeira condição para a validade do matrimonio. Esta capacidade é de duas especies: *absoluta e relativa*; a primeira significa a aptidão para casar; a segunda, a aptidão para o fazer com

determinadas pessoas. Ambas estas especies, como manifestações da capacidade geral, devem ser reguladas pela lei nacional do individuo. É o preceito consignado de um modo geral nos art. 24.º e 27.º do nosso Código Civil.

Vejamos, porém, se, em materia de casamento, o legislador respeitou aquelles principios geraes.

85.—Em relação aos casamentos celebrados em paiz estrangeiro, quer por estrangeiro com portuguez, quer entre portuguezes somente, dispõem os art. 1065.º e 1066.º o seguinte:

«O casamento contrahido em paiz estrangeiro, entre portuguezes, não produz effeitos civis n'este reino, não sendo contrahido em conformidade da lei portugueza; salvo o que se acha estabelecido na segunda parte do art. 24.º quanto á forma externa do contracto.»

«O casamento contrahido em paiz estrangeiro, entre portuguez e estrangeira, ou entre estrangeiro e portugueza, produz effeitos civis n'este reino, verificando-se, relativamente ao conjuge portuguez, as condições requeridas pela lei portugueza.»

Conservou-se, pois, o legislador inteiramente fiel aos principios previamente estabelecidos.

Mas convem desde já advertir que a lei se refere apenas, nos dois artigos transcriptos, ao casamento *contrahido* no estrangeiro; suppõe, portanto, o facto consumado.

Não deve, por isso, inferir-se d'aquelles preceitos que todo o portuguez, capaz á face da nossa lei para contrahir matrimonio no paiz, o possa celebrar no estrangeiro, e que, reciprocamente ali o não possam contrahir aquelles que, por algum impedimento, o não podiam entre nós celebrar.

A *ordem publica* de cada Estado reclama, por vezes,



limitações na capacidade dos estrangeiros, ao mesmo passo que, outras vezes, lh'a amplia; e estas exigencias, inteiramente legitimas, prevalecem sempre a todas as regras do direito internacional.

Casos ha em que não podem casar-se n'um paiz estrangeiro pessoas que na sua patria o podiam fazer; e não poucas vezes aquelles que a propria lei nacional declara para isso incapazes, são no estrangeiro considerados capazes.

Uma cousa é, pois, a celebração do proprio acto, e outra o reconhecimento da sua validade. O Codigo Civil limita-se a reconhecer a validade dos casamentos effectuados no estrangeiro, quando ambos ou algum dos conjuges seja portuguez, uma vez que em relação a este e aquelles se tenham observado os preceitos da nossa lei; mas não cura de saber se todos os que no paiz podem casar, o poderão fazer tambem no estrangeiro, nem, tampouco, se aquelles que entre nós o não podem fazer, concedem as leis estrangeiras essa faculdade, porque não comporta taes faculdades a soberania de Portugal <sup>1</sup>.

**§6.**—Nos termos do art. 1065.º, só produzirão, pois, os seus efeitos no reino os casamentos contrahidos, entre portuguezes, no estrangeiro em conformidade da lei portugueza. Ora estabelecendo esta no art. 1058.º uma certa ordem de impedimentos que impossibilitam de contrahir ma-

<sup>1</sup> Assim um Turco, unido em matrimonio a outra mulher, pode contrahir matrimonio no seu paiz, ao passo que entre nós o não poderá fazer, pelo facto da nossa lei considerar a polygamia contraria aos bons costumes. Mas realisado o acto no estrangeiro, elle produzirá no paiz todos os seus efeitos. (Conf. *infra*, n.ºs 95 e 97).

Da mesma forma inutille que no seu paiz é impedido de casar, por motivos que a *ordem publica nacional* reclama, (por exemplo um branco e uma mulher de cor na Luisiana) podem fazel-o livremente n'um paiz onde taes restricções sejam contrarias á *ordem publica internacional*. Mas a validade d'estes casamentos, se é reconhecida no paiz onde foram celebrados, pode deixar de o ser no paiz originario dos contrahentes.

trimonio no reino os que se encontram nas condições alli indicadas parece á primeira vista que o casamento celebrado no estrangeiro, com quebra do preceituado n'aquelle artigo, não deverá produzir efeitos entre nós.

Não é, todavia, esta, a meu juizo, a verdadeira doutrina. O pensamento do legislador foi submeter os portuguezes que viajam ou residem no estrangeiro aos preceitos da lei portugueza, excepção feita dos que respeitam ás formalidades do contracto; claramente o indica o proprio art. 1065.º Ora uma d'essas disposições é o art. 1059.º, que imprime aos impedimentos do art. 1058.º o caracter de *impedientes*, e por isso, se o casamento realisado no estrangeiro offendeu o disposto n'este artigo, nem por isso deixará de produzir efeitos no reino, embora os conjuges soffram as penalidades que constituem a sanção do mesmo artigo <sup>1</sup>. E o mesmo dizemos quando somente um dos conjuges é portuguez, em face do art. 1066.º

**§7.**—Mas a doutrina do art. 1066.º, que faz depender a validade do matrimonio celebrado fóra do paiz entre portugueza e estrangeiro, de se terem observado em relação áquella as disposições da nossa lei patria, tem sido accusada de pouco juridica, porque ficando a mulher portugueza que casa com estrangeiro pertencendo desde logo á nacionalidade do marido devia a validade do matrimonio, tambem por parte d'ella, ficar inteiramente subjeita ás leis da nação a que elle pertence <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Mais do que uma vez temos visto, na pratica, a confirmação d'esta doutrina. Aquelles que o impedimento da *ordem* condemna a perpetuo celibato, (art. 1088.º, n.º 5.º), não encontrando no reino quem os una em matrimonio, por serem graves as penas que recaem sobre o celebrante (Cod. civ. art. 1071.º e 1082.º, Cod. pen. art. 136 § 2.º) vão casar-se ao estrangeiro, sendo o seu matrimonio valido entre nós, e não soffrendo os conjuges pena alguma, porque a lei lh'a não impõe.

<sup>2</sup> Bruschy, *Man. de Dir. Civ.* e Dias Ferreira, *Annot.*, vol., 3.º pag. 26.

Reputamos, porem, mal fundamentada a censura. O n.º 4 do art. 22.º do Cod. Civ. mostra que nem sempre a portuguez que casa com estrangeiro troca a sua nacionalidade pela do marido; e quando mesmo assim não fosse, ainda a doutrina do art. 1066.º seria a unica defensavel. Com effeito a mulher só perde a sua nacionalidade originaria pelo facto mesmo do casamento; e a capacidade dos contrahentes tem de ser apreciada e referida ao proprio momento em que o facto vae realisar-se, e portanto a uma epocha anterior á adquisição da nova nacionalidade. Que razão ha, pois, para regular por esta, a que nenhum laço a liga, a sua capacidade?

Seria a negação do principio geral consignado no art. 24.º, e defendido por todos os escriptores.

Alem d'isso, aquella doutrina leva a conclusões extravagantes: a mesma mulher seria capaz ou incapaz de casar conforme a nacionalidade do marido. Assim uma portugueza com 16 annos poderia casar-se com um hespanhol, porque a lei do marido permite o casamento n'esta idade; mas se casasse na Dinamarca o seu casamento seria nullo porque ahi não é permitido, em tal idade, o matrimonio.

Em conclusão: a capacidade regula-se pela lei nacional; ora a mulher só pelo casamento perde a nacionalidade portugueza; logo é pela nossa lei que deve determinar-se a sua capacidade até esse mesmo momento e não pela lei do marido. O preceito do art. 1066.º é, portanto, a rigorosa applicação das regras estabelecidas nos artt. 24.º e 27.º

Mal cabido, pois, foi o reparo.

**88.**— Mas se o casamento contrahido no estrangeiro em harmonia com a lei portugueza produz todos os seus effeitos no reino, occorre perguntar-se os produzirá tambem no paiz onde é celebrado, quando não se observem todas as condições exigidas na lei d'esse paiz para a validade do

matrimonio. Assim, por exemplo, o casamento de um portuguez, com 14 annos de idade, realisado em França, onde elle só aos 18 annos é permitido, será reconhecido como valido pelos tribunaes francezes?

Não se encontra no Cod. portuguez a resposta a esta duvida, e nem mesmo lá podia encontrar-se, sem offensa da soberania d'aquella nação. A nossa lei só tracta dos actos celebrados no estrangeiro sob um ponto de vista restricto, qual é o dos effeitos que podem produzir no paiz. Só d'estes deve, só d'estes pode occupar-se o legislador; e é por isso que, reconhecendo a validade do casamento entre nós, não cura de saber a conta em que poderá ser tido pelas nações onde é celebrado.

A questão tem, no entanto, de ser considerada, dentro em pouco, sob uma nova face, a proposito do casamento celebrado no paiz por estrangeiros <sup>1</sup>.

**89.**— Do exposto resulta que se dois subditos portuguezes contrahirem entre si matrimonio no estrangeiro, o juiz, para apreciar a sua validade, ou nullidade, regular-se-ha pela lei portugueza, excepto no que respeita á forma, como se o mesmo casamento tivesse sido realisado no paiz. Mas quando apenas um dos contrahentes seja portuguez, a sua tarefa é mais difficil pois lhe cumpre apreciar a capacidade de cada um dos conjuges á face da sua respectiva lei nacional. Tal é a doutrina que se deduz dos artt. 1065.º, 1066.º e 27.º do Cod. Civ.

Conformou-se, pois, n'este ponto, o legislador com os principios da sciencia.

**90.**— Não regulou o Codigo, em especial, o casamento

<sup>1</sup> Conf. infra, n.º 92 e seg.º

contrahido no reino por subditos estrangeiros, quer entre si, quer com subditos portuguezes; mas o art. 27.<sup>o</sup> fornece-nos a chave dos conflictos que porventura a este respeito possam levantar-se.

A capacidade dos estrangeiros regula-se pela lei do seu paiz, diz elle; portanto somente podem contrahir matrimonio no paiz aquelles que á face da sua propria lei, tenham para isso capacidade, quer absoluta, quer relativa. Os impedimentos, impedientes e derimentes, são, pois, marcados pela sua lei; a dispensa necessaria para supprir alguns dos primeiros será concedida por aquelles a quem a mesma lei dá essa competencia. Por esta forma um francez não poderá casar-se em Portugal com uma cunhada sem dispensa do governo francez, e, se o contrahir, esse casamento será nullo, como já em tempo decidiu n'uma hypothese identica o tribunal civil do Sena <sup>1</sup>. Da mesma forma um hespanhol com menos de 23 annos de idade não pode contrahir matrimonio entre nós, embora com mulher portugueza, sem estar devidamente auctorizado por seus paes, ou por quem os deva legalmente substituir <sup>2</sup>.

Quanto ao conjuge portuguez elle está inteiramente subjeito á nossa lei, e por ella tem, portanto, de apreciar-se a sua capacidade.

**91.** — Mas a *ordem publica internacional* tem aqui tambem as suas exigencias; e se não pode reconhecer-se capacidade para contrahirem matrimonio no reino a todos aquelles que a têm á face da sua lei nacional, tambem, por seu

<sup>1</sup> Senten. de 4 de dezembro de 1873, publ. no *Journal de Droit international*, anno de 1875, pag. 21.

<sup>2</sup> *Revista de Leg. e de Jurispr.*, anno xviii, pag. 442. «D'estas disposições (art. 24.<sup>o</sup>, 27.<sup>o</sup> e 1066.<sup>o</sup>) do nosso Código Civil, diz este jornal, se deduz que a capacidade dos estrangeiros para contrahir matrimonio em Portugal deve ser regulada pela lei do paiz d'onde são naturaes...»

lado, se considera algumas vezes capaz entre nós aquelle que no seu paiz o não é <sup>1</sup>.

A difficuldade está toda em reconhecer, a proposito de cada caso particular, quaes as disposições da nossa lei que devem prevalecer sobre as da lei estrangeira.

Consideraremos a questão sob aquelle duplo aspecto.

**92.** — Quando é que um estrangeiro, capaz á face da sua propria lei, deverá considerar-se incapaz de celebrar matrimonio em Portugal?

A questão resume-se em saber quaes os impedimentos do matrimonio que o Código Civil considera de ordem publica internacional, pois só estes tem de prevalecer, ainda que as leis nacionaes dos contrahentes os não estabeleçam. A duvida somente se levanta com relação aos impedimentos *derimentes*; os *impedientes* não annullam o matrimonio, e não são, portanto, leis que respeitem á ordem publica internacional, pois o caracter d'estas é obrigarem tanto nacionaes como estrangeiros (supra, n.<sup>o</sup> 21). Mas ainda dos *derimentes* nem todos obrigam os estrangeiros.

Percorreremos rapidamente o art. 1073.<sup>o</sup> do Cod. Civ., onde esses impedimentos estão especificados, afim de apreciarmos sob este ponto de vista o caracter de cada um.

**93.** — Nos tres primeiros numeros do art. 1073.<sup>o</sup> estabelece o Código, embora com caracter mais restricto, o impedimento que no direito canonico é conhecido pelo nome de *cognatio*: impossibilita de casar aquelles que estão entre si ligados por certos vinculos de parentesco.

São concordes as leis de todos os paizes em prohibir o matrimonio entre ascendentes e descendentes e até, se exce-

<sup>1</sup> Supra, n.<sup>o</sup> 85, nota.

ptuarmos algumas do extremo Oriente, entre irmãos <sup>1</sup>. Não pode, por isso, em regra, haver conflictos internacionaes quanto a estes casos. Mas esta uniformidade das legislações desaparece quando se passa alem do segundo grau. Assim na Austria o casamento é prohibido até ao 4.º grau; na Inglaterra até ao 3.º grau, contado pelo direito romano; na Russia até ao 4.º grau, contado pelo direito canonico; na Allemanha até ao 2.º grau, etc.

Montesquieu, e depois d'elle outros auctores, tem feito distincção entre o primeiro impedimento e o segundo; chamam áquelle *incesto de direito das gentes*, e querem que elle seja prohibido em toda a parte, por forma que nenhum Estado, onde este impedimento seja reconhecido, deve permitir o casamento, dentro do seu territorio, a dois irmãos, comquanto elles o podessem contrahir no seu paiz. Ao *incesto de direito civil*, que abrange o parentesco entre collateraes alem do segundo grau, assignam um caracter mui differente. Derivando das ideias particulares de cada paiz, este impedimento é, no seu dizer, mais ou menos arbitrario, e não ha por isso razão para o impôr ao respeito dos estrangeiros, se a sua propria lei o não estabelece <sup>2</sup>.

Mas esta doutrina não nos parece acceitavel. A distincção em que assenta não tem fundamento racional; não se alcança a razão porque o incesto de direito das gentes não hade ir alem do segundo grau, ou mesmo porque chega até ahí. É certo que em quasi todos os povos se acceita este impedimento, mas isto não é bastante para firmar aquella distincção.

Para resolver o problema o que devemos é procurar o verdadeiro fundamento racional d'este impedimento. Ora não é duvidoso que cada legislador prohibe o casamento dentro

<sup>1</sup> Grasso, *obr. cit.* pag. 246.

<sup>2</sup> Despagne, *obr. cit.*, pag. 408.

de certos graus de parentesco por entender que assim o exigem a *moral publica*, que condemna a união entre proximos parentes, e o interesse que o Estado tem em não permitir ligações que, segundo a Phisiologia demonstrou, dão uma prole defeituosa <sup>1</sup>.

Cada legislador esteia, pois, os seus preceitos a este respeito em duas bases, uma das quaes, a moral publica, é variavel, de nação para nação, e até de epocha para epocha dentro da mesma nação. D'ahi a diversidade das legislações, que em cada paiz tem, no entretanto, um caracter obrigatorio para todos os que n'elle se encontram, qualquer que seja a sua nacionalidade, visto que respeitam aos interesses essenciaes do Estado. São, pois, leis de *ordem publica internacional*, que limitam na sua applicação as proprias leis estrangeiras que regem o estado e a capacidade.

Portanto, a nosso juizo, não podem contrahir matrimonio no reino os estrangeiros comprehendidos em qualquer dos tres primeiros numeros do art. 1073.º, salvo o caso em que, os do n.º 3.º obtenham do nosso governo a dispensa <sup>2</sup> a que se refere o § un. do mesmo artigo, ainda mesmo que nos seus respectivos paizes o impedimento da *cognação* seja restricto ao 2.º grau da linha collateral.

**94.**—A *idade* é o impedimento que o Codigo incluiu em o n.º 4 do cit. art. 1073.º A diversidade das legislações n'este ponto é bem frisanter, e mostra quão frequentes serão os conflictos que a tal respeito podem levantar-se nas relações internacionaes.

<sup>1</sup> N'um relatório apresentado em Washington. a um congresso medico, apresenta-se o seguinte calculo relativo á descendencia de primos co-irmãos: de 6324 casamentos celebrados na União, 3677 deram em resultado filhos defeituosos na seguinte proporção: 1116 surdos-mudos; 468 cegos; 1454 alienados; e 239 escrofulosos. (*Diário do Governo*, n.º 152, 1 de julho de 1859).

<sup>2</sup> Tem sido justamente combatido este preceito do nosso Codigo. A dispensa dos impedimentos, que em Direito canonico se comprehende, não tem justificação no campo do Direito civil.

Qual das leis deverá prevalecer? a lei nacional dos contrahentes, ou a lei portugueza?

Assim, suppondo que pretende casar-se em Portugal um estrangeiro, que pela sua lei nacional pode contrahir matrimonio aos 11 annos, a nossa lei, que fixa a idade dos 14, deverá ceder áquella, permitindo-se o casamento?

Só na razão fundamental do preceito da nossa lei pode encontrar-se, tambem, a solução do conflicto.

Alguns auctores entendem que a idade da puberdade é fixada por cada legislador em attenção a certas considerações de moral e de interesse social, afim de evitar uniões prematuras, perigosas para os costumes, para a boa organização da familia, e para o desenvolvimento da especie humana sob o ponto de vista physiologico <sup>1</sup>; e concluem d'aqui que a lei local é absolutamente imperativa, devendo assim prevalecer sobre a lei estrangeira.

Esta opinião, que de si é falsa, tem muito de verdadeira nos seus fundamentos. Na verdade cada legislador fixa a idade da puberdade impulsionado pelas ideias de moralidade dos seus subditos, e em attenção aos interesses essenciaes do Estado, cousas que, conjunctamente, exigem a prohibição do casamento a pessoas que não tenham o desenvolvimento intellectual preciso para darem o seu consentimento consciante no mais importante dos contractos, e o desenvolvimento physiologico necessario para a consumação do matrimonio <sup>2</sup>.

Ora o desenvolvimento dos individuos, sob qualquer d'aquelles dois aspectos, depende inteiramente do clima, da raça, do meio, etc., e por isso os habitantes d'um paiz differem essencialmente, sob este ponto de vista, dos habitantes do paiz visinho. E', portanto, o legislador de cada paiz

o unico competente para fixar a idade em que os seus nacionaes attingem o desenvolvimento necessario para poderem casar-se, sem offensa da moral e dos interesses sociaes; e deve, por isso, em toda a parte ser-lhes reconhecida esta aptidão, ainda mesmo n'aquelles povos em que o desenvolvimento se opera com mais lentidão.

Entendemos, por isso, que podem casar-se em Portugal os estrangeiros que tenham a idade fixada nas suas respectivas leis, embora essa idade seja inferior á que o nosso Codigo marca em o n.º 4 do cit. art. 1073.º.

**95.**—O ultimo impedimento derimente do casamento entre nós, é o *vinculo matrimonial anterior*, que em Direito canonico se designa pela palavra *ligamen*; importa a negação de toda a polygamia e de toda a polyandria.

É a moral publica que exige o seu estabelecimento; são os interesses do Estado, intimamente ligados á constituição da familia, que reclamam a condemnação d'aquellas formas de casamento, apanagio das civilizações atrasadas, e que foram já banidas dos costumes de quasi todos os povos. O nosso Codigo Penal, reconhecendo estes principios, fulmina com graves penas a bigamia, no art. 337.º

Não pode, pois, duvidar-se de que este impedimento é de ordem publica internacional, não podendo por isso contrahir matrimonio em Portugal aquelle que estiver ainda ligado a outra mulher, mesmo quando a sua lei nacional lh'o permita. É por isso que um Turco, como já por mais de uma vez se disse, não pode contrahir matrimonio entre nós, nem mesmo com mulher da sua nação, se já está ligado por casamento a outra mulher. Tal é tambem o caso de um Hollandez, a quem a propria lei permite o casamento quando o seu conjuge esteja ausente por mais de 10 annos, e que entre nós não poderá casar-se emquanto não houver certeza de que é viuvo.

<sup>1</sup> Despagnet, *obr. cit.*, pag. 107.

Dr. Lopes Praça, *Prel. do 91 a 92.*

Mas desde que o estrangeiro esteja legalmente divorciado, pode casar-se livremente em Portugal. O divórcio quebra o vínculo matrimonial, e restitue os conjuges ao estado de celibatarios. A moral publica não é já offendida com um casamento posterior, como o não é também quando, pela annullação do matrimonio, os contrahentes celebram novas nupcias. É o proprio art. 1073.º n.º 5 que o diz, nas palavras «casamento não dissolvido.»

**96.**—Indicados, assim, os casos em que a capacidade para casar, reconhecida aos estrangeiros pelas suas respectivas leis nacionaes, soffre restricções em Portugal, cumpre-nos agora considerar a hypothese inversa, visto que, como dissemos (supra n.º 91), devem por vezes considerar-se capazes de contrahir matrimonio no reino pessoas que no seu paiz o não podiam fazer.

Algumas legislações, com effeito, oppõem ao casamento certos impedimentos que a nossa lei não pode reconhecer, por serem contrarios á ordem publica. Assim na Austria é prohibido o casamento entre christãos e não christãos; na Russia, entre gregos ou catholicos e não christãos; na Luisiania, entre brancos e pessoas de côr, etc.

Os impedimentos d'esta ordem, que ora se baseiam em prejuizos religiosos, ora na distincção das raças, e que constituem disposições de ordem publica nos paizes onde são estabelecidos de modo que a sua violação não seria permitida a estrangeiros que ahi casassem, são no entretanto contrarios á ordem publica entre nós, bem como em todos aquelles paizes em que a organização social assenta sobre a liberdade e a egualdade. Pode, por isso, um cidadão da Luisiania casar em Portugal com uma mulher de côr, e o seu casamento produzirá no paiz todos os seus effeitos, embora seja considerado nullo pela lei nacional do marido.

Mas a enumeração de todos estes casos, em que a lei

portugueza destroe as incapacidades relativas dos estrangeiros, ou mesmo a sua incapacidade absoluta, para o casamento, como seria a d'um condemnado á morte civil, é inteiramente impossivel. Seria preciso percorrer, um a um, todos os impedimentos estabelecidos nas legislações dos diversos paizes, prescrutar o seu verdadeiro fundamento, e vêr se elles eram compatíveis com a ordem publica entre nós;—trabalho que, se por um lado se não compadece com a natureza e dimensões d'este estudo, seria, em muito, superior aos resumidos conhecimentos de quem o escreve.

**97.**—Temos considerado até aqui o casamento contrahido no estrangeiro por subditos portuguezes, e em Portugal por estrangeiros; mas isto não é bastante. Importa apreciar ainda, sob o ponto de vista dos effeitos que entre nós pode produzir, o matrimonio celebrado fóra do paiz por estrangeiros entre si.

Não resolve o Codigo a hypothese expressamente. Comquanto o art. 27.º falle da capacidade dos estrangeiros, subordinando-a ás suas respectivas leis nacionaes, sem fazer distincção entre actos praticados no paiz ou fóra d'elle, este preceito tem de ser entendido como referido apenas aos que viajam ou residem em Portugal, porque assim o indica a inscripção do *Titulo* em que se encontra: *Dos estrangeiros em Portugal*. Mas opinamos que os casamentos celebrados n'aquellas condicções serão validos entre nós sempre que se tenham observado as leis nacionaes de cada um dos conjuges, quanto á sua capacidade, ainda que a ordem publica internacional, quer do nosso paiz, quer d'aquelle em que o acto foi celebrado, pozessem restricções a essa capacidade, porque aquellas restricções se referem, apenas, á propria celebração do acto (conf. supra, n.º 85), e o que se tracta de apreciar agora é a validade ou nullidade do facto consumado.

Tal é a doutrina que se deduz do art. 1066.º do Cod. Civil, que manda, em nosso parecer, considerar a validade do matrimonio celebrado fóra do paiz, entre subdito portuguez e estrangeiro, com referencia á lei nacional de cada um dos conjuges; e, por argumento de analogia do art. 1965.º, que considera valido o testamento feito no estrangeiro por subdito não portuguez, quando elle seja para isso capaz á face da sua propria lei nacional.

**§§.** — Synthetizando toda a doutrina exposta, temos para nós que, sob o ponto de vista da capacidade, a nossa lei civil determina o seguinte:

**1.º** — *O casamento celebrado no estrangeiro produz effects no reino:*

*a)* Sendo contrahido por portuguezes entre si, quando elles fossem capazes de o celebrar dentro do paiz; ficando, no entanto, sujeitos ás penalidades dos artt. 1060.º e seguintes do Cod. Civil, se tiverem transgredido os preceitos do art. 1058.º;

*b)* Sendo entre portuguez e estrangeira, ou entre estrangeiro e portugueza, ou por estrangeiros entre si, quando ambos os conjuges fossem capazes á face das suas respectivas leis nacionaes para celebrar matrimonio.

**2.º** — *Os estrangeiros só podem contrahir matrimonio no reino:*

*a)* Quando, sendo capazes á face da sua lei nacional, não se encontram em alguns dos casos prevenidos pelos n.ºs 1, 2, 3 e 5 do art. 1073.º do Cod. Civil;

*b)* Quando, satisfazendo aos mesmos requisitos do art. 1073.º, são todavia feridos de incapacidade pela sua lei nacional, por motivos incompatíveis com os preceitos de ordem publica internacional entre nós.

Todo o casamento contrahido com quebra do que fica estabelecido n'estes numeros, deverá ser considerado nullo em Portugal, embora possa ser julgado valido fóra do paiz, o que ao legislador portuguez nada interessa.

## § 2.º — Da forma externa do casamento

- 99.— A forma externa do casamento celebrado fóra do reino por portuguezes é regulada pela lei do logar da celebração.  
 100.— A falta de observancia d'esta lei só produzirá a nullidade do casamento, quando a mesma lei assim o determinar.  
 101.— A mesma doutrina é applicavel quando só um dos conjuges seja portuguez, ou quando nenhum d'elles o seja;  
 102.— E ainda mesmo que os conjuges tenham ido propositadamente fóra do seu paiz para illudir a sua lei nacional.  
 103.— Como se faz a prova dos casamentos?  
 104.— Contin. Quando devem publicar-se no reino os casamentos celebrados no estrangeiro? O art. 2479.º do Cod. Civ.

**99.** — Os portuguezes que pretendam casar-se no estrangeiro tem de subjeitar-se á lei do logar onde o matrimonio fór celebrado quanto ás formalidades extrinsecas do acto; tal é o preceito claro e expresso do art. 24.º do Cod. Civ., corroborado pela ultima parte do art. 1065.º do mesmo Cod. Sejam quaes forem as formalidades d'essa lei, ou o casamento seja celebrado pela forma catholica ou pela forma civil, ou o seja por forma authentica, por forma particular, ou mesmo sem formalidades, a sua validade será sempre reconhecida em Portugal, desde que se tenha observado a lei do paiz onde foi feito.

Podem, por isso, os portuguezes casar-se catholicamente em Hespanha, ou civilmente na França; podem mesmo ligar-se *solo consensu*, sem formalidades algumas, nos Estados da União Americana, onde esta forma é reconhecida, que em todos estes casos o seu matrimonio produzirá effeitos no reino.

**100.** — Mas se o casamento é valido quando se tenham observado as formalidades estabelecidas pela *lex loci*, convem averiguar, tambem, se a preterição d'essas formalidades, ou d'alguna d'ellas, importa a sua nullidade.

O preceito do art. 24.º, impondo aos portuguezes que viajam ou residem no estrangeiro a *obrigação* de se conformarem com a lei do logar, emquanto á forma externa dos actos que ali tenham de praticar, claro é que não resolve a questão de um modo directo; mas indica que ella tem de ser resolvida por essa mesma lei estrangeira.

Portanto, quaesquer que sejam os vicios de forma do casamento, a validade ou nullidade d'este será apreciada pela propria lei do logar. E assim, nos termos dos artt. 91.º e 104.º do Cod. Civ. de Italia, ha certas formalidades que os nubentes Italianos têm necessariamente de observar, sob pena de nullidade do matrimonio; a falta de qualquer d'estas formalidades, pois, invalidará tambem o casamento feito por portuguezes em Italia, embora ellas sejam dispensadas em Portugal.

**101.** — A mesma doutrina que fica exposta é applicavel quando se tracta do casamento feito no estrangeiro, quer seja só um dos conjuges portuguez, quer nenhum d'elles o seja. Esta doutrina, que não se encontra expressa no Codigo a proposito do casamento, resulta da regra *locus regit actum*, e da propria natureza das cousas.

Nenhuma razão havia, alem d'isso, para subjeitar á lei do logar o casamento feito por dois portuguezes, e subordinar-o a lei differente quando só um dos conjuges o fosse.

Entendemos, por isso, que o casamento realiado fóra do paiz entre portuguez e estrangeira, ou entre estrangeiro e portugueza, ou por estrangeiros entre si, só produzirá effeitos entre nós quando n'elle se tenham observado, quanto á sua forma externa, as leis do logar onde foi celebrado.



E a mesma doutrina nos parece applicavel aos casamentos celebrados no reino por estrangeiros, em vista do character excepcional do art. 27.º

**102.**—O preceito *locus regit actum* prevalece n'esta materia ainda mesmo quando os conjuges tenham ido ao estrangeiro matrimoniarse para fugir ás formalidades da lei patria, comquanto alguns auctores sustentem o contrario, baseando-se no adagio *fraus omnia corrumpit*. Já n'outra parte analysámos, de um modo geral, esta doutrina e ao que então dissemos nos reportamos agora. (Conf. supra n.º 76).

**103.**—A prova do casamento celebrado no reino por portuguezes só pode fazer-se por meio de certidão extrahida do registo competente, excepto provando-se a perda d'este, porque em tal caso é admissivel qualquer outra especie de prova (Cod. Civ. art. 1083.º). Mas este preceito salutar nem sempre seria exequivel em relação aos casamentos celebrados no estrangeiro.

Na verdade alguns paizes ha em que o casamento não é sujeito a registo regular e authenticico; e por isso o Codigo veio com o preceito do art. 1085.º declarar que em tal caso se admitirá *qualquer meio de prova*. Deve, no entanto, considerar-se que sendo o conjuge marido portuguez o casamento somente produzirá *todos* os seus effeitos em relação a terceiros, quando tenha sido *devidamente* publicado no reino (Conf. infra, n.º 109 e 110).

Esta publicação é aquella que vem expressamente regulada no art. 2479.º do Codigo Civil, cuja analyse nos cumpre fazer.

**104.**—Com effeito o art. 2479.º dispõe que todo o portuguez, que contrahir matrimonio em paiz estrangeiro, devera, no praso de tres mezes, contados desde o dia em

que voltar ao reino, fazer lançar no registo civil do lugar, onde estiver domiciliado, o assento do seu casamento, apresentando ao official do registo civil documento authenticico, pelo qual prove, que o casamento foi legitimamente celebrado.

Para que aquella publicação possa, e deva, fazer-se é, portanto, necessario:

- 1) que um portuguez case no estrangeiro;
- 2) que esse casamento conste de documento authenticico;
- 3) que os conjuges venham estabelecer domicilio no reino.

Tal é o preceito claro da lei. D'aqui se conclue, pois, que o casamento celebrado no estrangeiro por subditos não portuguezes, ou por subditos portuguezes n'um paiz em que elle não esteja sujeito a registo regular e authenticico <sup>1</sup>, não precisa de ser publicado no reino; como o não precisa de ser, tambem, quando os conjuges não venham fixar domicilio entre nós.

De harmonia com esta doutrina tem de ser entendido o art. 1202.º do Cod. Civ., que é a sancção do preceito consignado no art. 2479.º; e, portanto, o casamento celebrado no estrangeiro, e não obrigado a publicação no paiz, produz n'este todos os seus effeitos, ainda mesmo os dos artt. 1200.º e 1201.º do citado Codigo, desde que foi celebrado. É o que se deduz das ultimas palavras do art. 1202.º: *em conformidade da lei*. Corroborando esta doutrina, dispõe o art. 20.º do regulamento de 28 novembro de 1878, que os estrangeiros podem fazer lançar no registo civil os actos do seu estado civil, mas não fazendo depender d'essa formalidade a validade d'elles, ou o reconhecimento dos seus effeitos.

<sup>1</sup> O contrario affirma o sr. Dias Ferreira, *Comm. ao Cod. Civ.*, vol. 3.º, pag. 435. Mas é bem de ver que seria impossivel fazer a publicação no reino de um casamento que só podesse provar-se por testemunhas. Quem havia de inquiril-as?

### § 3.º — Dos efeitos do matrimonio

105. — Divergencias dos escriptores quanto á lei que deve regular os efeitos do matrimonio.

106. — Doutrina de Savigny; sua refutação.

107. — Os outros systemas. Os efeitos do matrimonio devem ser regulados pela lei nacional do marido, sempre que não haja offensa da ordem publica internacional.

108. — Razão d'ordem.

#### a) *Relações reciprocas dos conjuges.*

109. — As disposições do Codigo Civil; artt. 1184.º, 1185.º e 1186.º. O art. 1202.º do mesmo Codigo.

110. — Algumas applicações do art. 1202.º e 2479.º A natureza da auctorisação marital depende da lei nacional do marido.

111. — *Quid* se o casamento é contrahido no reino por estrangeiros entre si, ou quando só um dos conjuges é portuguez.

112. — As exigencias da ordem publica.

113. — Contin. O n.º 1.º do art. 1184.º do Cod. Civil é preceito de ordem publica internacional.

114. — Contin. O n.º 2 do art. 1184.º, e o art. 1186.º do mesmo Codigo não consignam preceitos de ordem publica internacional.

115. — Contin. O n.º 3.º do art. 1184.º e o art. 1185.º A subordinação da mulher ao marido é impugnada por alguns escriptores. Os preceitos da nossa lei a este respeito não têm o caracter de ordem publica internacional.

116. — Contin. A incapacidade relativa da mulher, não é de ordem publica internacional.

#### b) *Relações entre paes e filhos.*

##### a) *Do estado do filho.*

117. — É a lei nacional do pae que deve regular as relações entre paes e filhos. Influencia da mudança de nacionalidade sobre estas relações.

118. — Quando pae e filho não tenham a mesma nacionalidade, deve prevalecer a lei do pae. *Quid* dos filhos illegítimos?

##### b) *Do patrio poder.*

119. — O patrio poder deve regular-se pela lei nacional do filho.

##### c) *Da tutela e curatella.*

120. — A tutela e curatella regulam-se pela lei nacional do filho. Diversos systemas em contrario; sua refutação.

**105.** — As divergencias que separam os escriptores em relação ao criterio que determina a lei applicavel a cada relação juridica vêm mais uma vez manifestar-se a proposito dos efeitos do casamento. Erigem uns em principio o domicilio do marido; outros, ligados ainda ás tradições feudaes, optam pela lei do paiz onde o casamento foi celebrado; a lei presumidamente acceita pelos conjuges é sustentada, finalmente, por alguns dos que equiparam o casamento a qualquer outro contracto. Mas carecem de verdade todos estes systemas.

**106.** — Savigny, que propugna pelo primeiro, dá como motivo da sua preferencia ser o domicilio do marido a verdadeira sede do laço conjugal, devendo, por consequencia, ser tambem este, quem determine o direito local do matrimonio. Mas com razão objectam os partidarios dos outros systemas que o domicilio matrimonial não é necessariamente aquelle que o marido tem no momento do casamento, mas o lugar em que os conjuges projectam fixar-se depois de celebrado aquelle acto. Admittir que os efeitos do matrimonio devem ser regulados pela lei do domicilio, é, pois, collocar nas mãos do marido um meio facil e seguro de restringir a capacidade da mulher, ampliando a sua propria, para o que lhe será bastante escolher para domicilio um paiz onde, como na Inglaterra, a capacidade da esposa é inteiramente absorvida pelo seu conjuge.

O absurdo das suas conclusões reclama, pois, a rejeição d'esta doutrina <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Devemos notar que Savigny confunde algumas vezes a lei do domicilio com a lei nacional (conf. supra, n.º 27, not. 1). Mas do modo como elle se exprime n'este logar parece não ter havido aqui essa confusão. Elle refere-se, em verdade, ao lugar onde o marido tem a sua residencia permanente, ou a sede principal de seus negocios.

**107.**—O segundo systema não é, tambem, de modo algum acceitavel, como o não é, egualmente, o terceiro. O casamento apesar de ser um contracto, não depende, no entanto, como todos os outros, da simples vontade das partes. É por elle que se funda a familia, base de toda a organização social e respeita por isso aos mais essenciaes interesses do Estado. A sua regulamentação impõe-se, pois, a cada legislador como medida de ordem publica, e não podem, portanto, os conjuges, por um simples acto de sua vontade, derogar as disposições que com um similhante fim a sua propria lei estabelece. Os conjuges, ou melhor, a familia, constituem elementos da sociedade a que o marido pertence (Grasso); as disposições estabelecidas por cada legislador para a regulamentar, têm o seu fundamento principal nas condições particulares dos seus nacionaes. É, pois, a lei nacional do marido, que pelo facto do casamento se torna, em regra, a da mulher, aquella que melhor convem á propria natureza d'estas relações juridicas.

Entendemos, por isso, em obediencia aos principios que adoptamos, que os effeitos do matrimonio devem ser regulados pela lei da nação a que o marido pertence, sempre que não haja offensa para a *ordem publica internacional*.

**108.**—Ora os effeitos do casamento, no que se refere ás pessoas, podem traduzir-se já em *direitos e obrigações reciprocas dos conjuges*, já em *direitos e obrigações dos paes em relação aos filhos*. Cumpre, portanto, fazer a applicação da lei nacional do marido aos conflictos que sob cada um d'estes aspectos se nos podem deparar.

**109.**—Os effeitos do matrimonio emquanto ás relações dos conjuges entre si, acham-se reguladas nos artt. 1184.º a 1201.º do Cod. Civ. Pela sua propria natureza essas disposições podem classificar-se em dois grupos:

- a) direitos e obrigações reciprocas;
- b) incapacidade relativa de cada um dos esposos.

Com relação áquellas, contidas nos artt. 1184.º, 1185.º e 1186.º, não ha no Codigo disposição especial que exceptue das regras geraes o casamento celebrado no extrangeiro; mas com respeito á incapacidade relativa dos conjuges dispõe o art. 1202.º que não poderá o marido fazer annullar os actos praticados pela mulher sem a sua auctorisação, se o casamento se não achar publicado no reino. Esta publicação é a que vem regulada no art. 2479.º do mesmo Codigo Civil, que impõe ao portuguez que contrahir matrimonio em paiz estrangeiro a obrigação de fazer lançar no registo civil do lugar onde vier domiciliar-se, e no praso de tres mezes contados desde o dia em que voltar ao reino, o assento do seu casamento, apresentando ao official do registo civil documento authenticico pelo qual prove que o casamento foi legitimamente celebrado.

Estas restrições, porem, somente se applicam quando o conjuge marido seja portuguez, como da propria natureza da disposição se deprehende. Se o casamento fôr celebrado entre mulher portugueza e estrangeiro, ou por estrangeiros entre si, os effeitos do matrimonio serão regulados pela lei nacional do marido, sem necessidade de ser ou não publicado no reino. (Conf. supra, n.º 104).

**110.**—Da doutrina exposta resulta, que se a mulher d'um portuguez, casado no estrangeiro, contrahir obrigações que, pela lei portugueza, dependiam do consentimento do marido para serem validas, este pode allegar a nullidade d'essas obrigações se ao tempo em que foram contrahidas o seu casamento se achava já publicado no reino; mas se esta publicação ainda não tivesse sido feita, as obrigações subsistem, e o marido não poderá reclamar contra a sua validade. Ao contrario se uma mulher estrangeira, casada

fóra do reino com subdito não portuguez, tomar sobre si obrigações, cuja validade, pela lei nacional do marido, dependia da auctorisação d'este, embora o casamento não esteja publicado em Portugal, poderá o marido soccorrer-se da sua nullidade se for pedido entre nós o seu cumprimento, porque a publicação exigida pelo art. 2479.º do Cod. Civil é somente para portuguezes.

A natureza da auctorisação também depende, em ambos os casos, da lei nacional do marido. E assim só pode a mulher portugueza praticar validamente aquelles actos, que d'ella carecem, quando lhe tenha sido dada pelo marido auctorisação especial, nos termos do art. 1194.º, embora no paiz onde se encontra fosse bastante uma auctorisação geral. E, reciprocamente, a mulher estrangeira que pode obrigar-se validamente desde que tenha para isso auctorisação geral do marido, em harmonia com a lei nacional d'este, contrahirá obrigações validas ainda mesmo n'aquelles paizes em que se exige uma auctorisação especial para cada acto.

**111.**— Quando o matrimonio seja contrahido no reino entre portuguez e estrangeira, esta adquire por aquelle facto a nacionalidade do marido, e, por isso, os effeitos do matrimonio são os mesmos que se ella fosse originariamente portugueza.

Mas os principios que ficam precedentemente estabelecidos são por egual applicaveis aos casamentos contrahidos no reino, quer por estrangeiros entre si, quer por estrangeiro com portugueza. Os direitos e obrigações reciprocas dos conjuges serão regulados pela lei nacional do marido, como por ella o será também a capacidade relativa de cada um dos conjuges.

**112.**— No entretanto a ordem publica internacional vem, por vezes, tornar difficil a applicação d'estes principios,

em relação aos casamentos celebrados por estrangeiro, quer dentro, quer fóra do paiz. Em verdade alguns dos preceitos das leis estrangeiras, contradictorios com os da lei portugueza, não podem receber entre nós a sua applicação por serem antagonicos com os interesses essenciaes da nossa sociedade.

A determinação de cada um d'esses preceitos não é possível fazel-a (conf. supra, n.º 96); limitar-nos-emos, por isso, a considerar alguns dos casos em que mais frequentemente a diversidade das legislações provoca conflictos de direitos.

**113.**— Tem os conjuges, entre nós, obrigação de guardar mutuamente fidelidade conjugal, embora o adulterio da mulher seja mais rigorosamente punido. (Cod. Civ. artt. 1184.º n.º 1.º; 1204.º n.º 1.º e 2.º; 1210.º § un. e Cod. Pen. artt. 401.º e 404.º).

Poderá a mulher estrangeira commetter livremente o adulterio em Portugal, quando a lei nacional de seu marido a isso se não opponha? E poderá o marido fazer o mesmo?

A questão, sob outra forma, consiste em saber se o preceito do n.º 1.º do art. 1184.º do Cod. Civ. é, ou não, de *ordem publica internacional*.

A resposta não é duvidosa; a lei penal considera o adulterio como um crime, e todas as leis penaes são de ordem publica. Não é, por isso, permitido aos conjuges estrangeiros commetter-o, e se o fizerem ficam por esse facto sujeitos ás penalidades estabelecidas no nosso Cod. Penal <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Embora a lei nacional dos estrangeiros seja mais rigorosa do que a nossa, a pena a applicar será ainda e sempre a nossa. É este o character das leis de ordem publica: hão de ser cumpridas sem consideração alguma pelas leis estrangeiras que regulem o mesmo assumpto. E como a sanção depende e suppõe a existencia de *todos* os elementos que constituem o crime, segue-se que só serão consideradas illicitas entre nós as infrações que satisficam a todas as condições exigidas pela lei portugueza. E assim, o estrangeiro só se considerará adulterio entre nós quando tenha mancheba teida e manteida no domicilio conjugal, embora a sua lei diga o contrario.

Mas a unica sanção do adulterio não é a estabelecida n'este Codigo; tambem a lei civil consigna alguns preceitos com o mesmo fim.

Serão tambem estes de ordem publica?

Poderá entre nós requerer a separação de bens o conjugado do adultero estrangeiro?

Addiante indicaremos a solução d'estas questões.<sup>1</sup>

**111.** — Impõe o Codigo Civil aos conjugues a obrigação de viverem juntos, cumprindo á mulher acompanhar o marido, excepto para paiz estrangeiro (art. 1184.º n.º 2.º e 1186.º); e os art. 665.º e 666.º do Cod. Proc. auctorisam o recurso á força publica para tornar effectivos estes direitos.

Serão tambem estes preceitos de ordem publica internacional?

Não poderá uma estrangeira abandonar o domicilio conjugal, ainda quando a lei nacional de seu marido lh'o permita?

A questão é delicada, e difficil será que a seu respeito se levante conflicto, porque é da propria natureza do matrimonio que deriva a obrigação, para os conjugues, de viverem juntos, e mal se comprehende, portanto, que ella não seja consignada em todos os codigos. Affigura-se-me, todavia, que a violação d'este principio por parte dos estrangeiros não offende a ordem publica internacional, e, portanto não poderia o marido, na hypothese considerada, recorrer aos tribunaes portuguezes reclamando a entrega da esposa, á sombra do preceito da nossa lei.

Mas os conflictos surgem principalmente, quando se tracta de tornar effectiva aquella obrigação, reconhecida pelas legislações de ambos os povos. Que meios deverão empre-

<sup>1</sup> *Infra*, n.º 121.

gar-se? Poderá o marido recorrer á propria força, sequestrando por exemplo a mulher, como em Inglaterra?

Entendemos que não; é a lei portugueza que tem de observar-se, porque aquelle sequestro, sendo um crime entre nós, é contrario á ordem publica internacional, que estabelece a liberdade individual como um dos fundamentos da nossa organização social. O inglez que pretender reclamar sua mulher em Portugal terá de recorrer ao processo estabelecido pelo art. 665.º do Cod. do Proc.

**115.** — Devem os conjugues finalmente soccorrer-se e auxiliar-se reciprocamente, incumbindo ao marido proteger e defender a mulher, e a esta prestar obediencia ao marido (Cod. Civ. art. 1184.º n.º 2.º e 1185.º).

Será de ordem publica este preceito?

O auxilio reciproco dos conjugues é da essencia do matrimonio; mas a subordinação da mulher ao marido, ordenada no unico proposito de manter a boa ordem e a unidade na familia pelo predominio do homem, como o mais forte, o mais illustrado, o mais intelligente, e o mais trabalhador, é, porem, vivamente impugnada por muitos escriptores e jurisconsultos, que fazem derivar a ordem e a unidade da familia da egualdade de ambos os conjugues<sup>1</sup>.

O fundamento d'este preceito é, pois, a opinião que cada legislador faz dos seus proprios nacionaes; e por isso, se a lei estrangeira considera a mulher capaz de se reger livremente, sem qualquer subordinação ao marido, se não reconhece a sua inferioridade na familia, é de razão que a nossa lei, moldada sobre uma ordem de cousas peculiar ao nosso paiz, reconheça, n'esta parte, o predominio da lei estrangeira.

<sup>1</sup> Sr. Dr. Lopes Praça, *Prel. cit.*

Não consideramos, pois, de ordem publica este preceito do Código Civil. Tanto mais que elle é meramente platónico, não obrigando sequer os nacionaes por falta de sanção <sup>1</sup>.

Deve, por isso, attender-se á lei nacional do marido para saber se os conjuges estrangeiros se devem este mutuo auxilio, e qual a situação da mulher perante o marido. Mas se n'essa lei fór reconhecido a este o direito de, pela força, coagir a mulher á obediencia, em Portugal não será permitido o exercicio d'esse direito, por ser contrario á *ordem publica internacional* que reclama o respeito da liberdade de todos os que se encontram no territorio da nação.

**116.**—Apreciado, assim, o primeiro gruppó de disposições leaes relativas aos direitos e obrigações geraes dos conjuges, vejamos agora qual a natureza dos preceitos que estabelecem a sua incapacidade relativa (Supra, n.º 109).

Será esta incapacidade de ordem publica internacional?

Alguns escriptores assim o tem sustentado, indo filial-a na moralidade e decencia publica que não consentem á mu-

<sup>1</sup> Corre no estrangeiro como verdade assente que em Portugal é lícito ao marido castigar corporalmente a mulher. Grasso diz, a este respeito, o seguinte: «Só a applicação de algumas disposições que consagram ainda hoje um poder de correcção sobre a mulher, encontraria obstaculo na sanção do direito publico da maior parte dos Estados, cujas leis se desembaraçaram já da escoria dos tempos menos civilisados.» E em nota acrescenta: «Este direito parece admitido pela legislação ingleza, e pelo Código Portuguez.» (Obr. cit. pag. 246-247, not. 281).

Ora o certo é que muito outra é actualmente a situação da mulher perante o marido. Na verdade Correia Telles ensinava, creio que baseado na Ord. (Liv. v, tit. 36) que ainda se admitia que o marido podesse castigar a mulher, posto que moderadamente; porque, se a ferisse gravemente, não só ella poderia querelal-o, mas o juiz *ex-officio* podia proceder criminalmente, salvo o caso de adulterio.

Mas depois que foi promulgado o Código Civil tal direito não é de modo algum reconhecido ao marido; sendo até bastante as injurias graves para auctorisar a separação judicial.

lher o contractar livremente para evitar suspeições sobre a sua honestidade (Gui Coquille). Mas se este fundamento é verdadeiro, necessario se torna ir mais longe; a auctorisação do marido não é bastante, como bem observa Weiss <sup>1</sup>, para salvaguardar o pudor da mulher, pois para isso seria preciso livral-a de todo o contacto com o mundo exterior.

Outro é, porem, a nosso ver o fundamento d'esta incapacidade; ella resulta da inferioridade natural da mulher, *fragilitas sexus*, e, porventura, da necessidade de estabelecer a unidade da familia pela supremacia do marido. E sendo assim, as razões que n'outro logar já expozemos (supra n.º 115) colhem igualmente aqui para não considerar esta incapacidade como de ordem publica internacional. E tanto assim que a propria lei, em certos casos, dispensa essa auctorisação para a validade dos actos praticados pela mulher casada com portuguez no estrangeiro (art. 1202.º); e não pode considerar-se de ordem publica uma lei que não se impõe a todos, qualquer que seja a sua nacionalidade.

Por isso, a mulher que poder validamente obrigar-se, sem auctorisação do marido, no paiz a que este pertence, pode tambem, fazel-o entre nós, sem embargo do que a tal respeito dispõe o Código Civil com relação aos portuguezes.

#### b) *Relações entre paes e filhos:* a) Do estado de filho.

**117.**—É a lei nacional do pae, que é a lei do matrimonio, a que deve regular, em regra, as relações entre os paes e os filhos: e se por ventura o pae ou o filho mudar de nacionalidade, essas relações serão apreciadas á face da lei que as viu nascer, porque o contrario seria dar á lei da nova patria effeitos rectro-activos.

Por esta forma a qualidade de filho legitimo, ou illegi-

<sup>1</sup> Obr. cit. pag. 493.

timo, e os direitos que d'ahi derivam, serão apreciados pela lei da nacionalidade que o pae tinha no momento do nascimento, ou no momento da concepção, conforme se tracta de paizes em que o embrião é, ou não, capaz de direitos.

A legitimação por subsequente matrimonio será, porém, regulada pela lei nacional do pae quando se realisa o matrimonio, embora elle pertencesse a outra nação no momento em que o filho nasceu (Grasso).

**118.**—Mas nem por todos é seguida esta opinião.

Weiss, fundando-se em que é o filho quem tem interesse *mais directo* na causa, opina que, sendo differentes as leis nacionaes do pae e do filho, deve prevalecer a d'este, quando se tracta de apreciar a sua legitimidade; mas julgamos esta opinião inaceitavel.

Com effeito as acções tendentes a reivindicar a qualidade de filho legitimo, não têm outro fim que o de compellir os paes a reconhecer uma certa obrigação que a lei lhes impõe. Ora se da lei que governa o pae é que derivam para este todas as suas obrigações, claro é que só por esta a questão tem de ser apreciada.

Por exemplo: uma portugueza, separada judicialmente do marido, vae residir para o Chili, e dá abi á luz, 301 dias depois da separação, um lillio, que ficará sendo chileno pelo facto de nascer n'aquelle paiz. Suppondo que a lei chilena considera legitimos os filhos que nascem de mulher casada nos 400 dias posteriores á separação dos conjuges, teremos aqui um conflicto aberto entre a lei portugueza que o reputa illegitimo (Cod. Civ., art. 401.) e a lei do Chili, que o considera legitimo.

Por qual d'ellas decidir a questão?

Entendemos que pela lei do pretenso pae? <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Não é bem cabida n'este logar a questão relativa aos filhos illegiti-

β) Do patrio poder.

**119.**—Do facto do nascimento derivam para os paes certos direitos em relação á pessoa e bens dos filhos. O complexo d'esses direitos constitui o *patrio poder*.

Qual a lei porque deve regular-se?

Pugnavam os antigos escriptores, e modernamente ha quem defenda ainda a lei do *domicilio* do pae, ou seja no momento em que o lillio nasceu, como sustentam alguns, ou seja o *domicilio actual* como outros pretendem.

Sem adoptar os fundamentos com que se têm atacado esta doutrina <sup>1</sup>, rejeitamol-a, no entanto, por não ser a lei do domicilio aquella que melhor convem á natureza da relação juridica que se pretende regular.

Para nós o patrio poder deve ser regulado pela lei na-

mos, porque estes não provém de casamento; mas pela ligação que tem com a materia, diremos tambem, a seu respeito, alguma cousa.

A questão de saber qual a lei porque deve regular-se a perflilhação é melindrosa, e não concordam os escriptores na sua solução.

Em nosso parecer a perflilhação, tanto voluntaria como forçada, terá de ser feita em harmonia com a lei pessoal do perflilhante, visto que o *estado de filho* é relativo e dependente do de *pae*. Entre nós, mesmo, já a questão foi ventilada, a proposito do filho illegitimo de um hespanhol, na *Rev. de Leg. e de Jurispr.* (anno 1.º, pag. 377), emitindo a illustrada redacção do jornal este mesmo parecer, com o fundamento de que a acção de investigação de paternidade tem por objecto principal o estado de pae, e segundo o art. 27.º do Cod. Civ. Port., o estado e a capacidade civil dos estrangeiros são regulados pela lei do seu paiz.

<sup>1</sup> Dizem alguns que esta doutrina é inaceitavel porque leva a conclusões absurdas. Com effeito se fosse a lei do logar do nascimento a que regulasse o patrio poder, aconteceria que o pae teria differentes direitos sobre cada um dos seus filhos conforme o logar onde nascessem; e se fosse a lei do domicilio conjugal como este pode mudar-se, ficariam os direitos do pae em relação aos filhos sujeitos a continuas variações. Ora estas conclusões são verdadeiras; mas constituirão um vicio exclusivo d'esta doutrina? Não trarão as outras opiniões os mesmos inconvenientes, embora em menor grau?

Julgamos que sim. A condemnação d'esta doutrina deriva, a meu ver, da falsidade do seu fundamento.

cional do filho. E' ella que rege o seu estado e capacidade, só ella, portanto, pode reger tambem o patrio poder que integra essa mesma capacidade. E' uma questão de capacidade a que se discute, e só o legislador nacional do filho é competente, pelas razões que já apresentámos, para determinar as suas condições, que são variaveis com os diversos paizes; só elle póde apreciar em que idade deve terminar a incapacidade dos filhos, quaes os limites d'essa incapacidade, e quem melhor a pode supprir. Attribuir a outro esse direito é desconhecer a natureza do patrio poder, que perdeu nas legislações modernas o caracter que o direito romano lhe attribuia.

Esta lei nacional do filho coincide na maior parte dos casos, com a lei nacional da familia, o que fez com que alguns escriptores (Weiss e Despagne) se pronunciassem por esta; abrindo todavia uma excepção em favor d'aquella, quando as duas não coincidissem. O que parece, portanto, é que estes escriptores, ao preferirem a lei nacional da familia, não attenderam a que o motivo da sua preferencia estava precisamente no facto de ella ser conjunctamente a lei do filho.

Para que firmar, então, como excepção, aquillo que, no fundo, é a regra?

### c) *Da tutela e curatela.*

**120.**—As considerações que ficam expostas justificam igualmente a applicação da lei nacional do filho á sua *tutela e curatela*. Na verdade estas instituições têm por unico fim a protecção do incapaz, a integração da sua capacidade. E, pois, de razão que sejam regidas pela lei nacional d'este, visto que foi esta mesma que decretou a sua incapacidade.

No entretanto alguns auctores, desconhecendo o caracter

d'estas instituições, propozeram a lei nacional do tutor ou curador, doutrina que envolve até uma petição de principio. Pois emquanto se não determinar a lei que regula a tutela, como se ha de saber quem é o tutor? Mas quando mesmo isso fosse possivel, nem assim a doutrina seria acceitavel, visto que não se tracta aqui dos interesses do tutor ou curador, mas simplesmente dos do menor, comquanto aquelles recebam uma certa percentagem nos rendimentos a titulo de remuneração dos seus serviços.

Na Inglaterra e nos Estados-Unidos do Norte, onde impera o principio da territorialidade das leis, dá-se preferencia á lei do lugar onde os bens estão situados. Resulta d'aqui que cada incapaz terá tantos tutores ou curadores, quantos os paizes em que tenha bens. Ora isto vae ferir a unidade que deve haver na administração do patrimonio do tutelado, com prejuizo manifesto dos seus interesses, que, por notavel contradição, se pretendem acatellar!

E, pois, pela lei nacional do incapaz que, como diz Grasso, deverá decidir-se quando e onde deva abrir-se a tutela, a quem deve conferir-se o seu exercicio (tutor ou curador), a vigilancia e a assistencia (protutor, conselho de familia, ou de tutela); quaes devam ser as formalidades e os actos a praticar (inventario, venda de moveis, caução, hypotheca legal), quaes as attribuições do tutor, e, finalmente, quando e como acaba a tutela, porque meios se devem prestar contas, e quando prescrevem as acções para este fim <sup>1</sup>.

Mas a *ordem publica* exige por vezes, que se tomem providencias conservatorias sobre a pessoa e bens dos incapazes, como já se fez em Lisboa, com aprasimento do consul de sua magestade britanica, com uma ingleza que enlouqueceu (*Gaz. da Ass. dos Advog. de Lisb.*, anno 3.<sup>o</sup>).

<sup>1</sup> *Obr. cit.*, pag. 256



§ 4.º — Do termo da sociedade conjugal

121.—O divórcio e a separação de pessoas regulam-se pela lei nacional do marido. Limites que a *ordem publica* em Portugal põe a esta regra.

121.—A lei portugueza somente admite a separação de pessoas, como meio de terminar a communhão matrimonial; mas outras nações ha que reconhecem tambem o divórcio, e, por isso, é de necessidade que a ambos estes meios nos refiramos aqui.

É ainda a lei nacional dos conjugues aquella que tem de regular n'estas hypotheses. O divórcio, da mesma forma que a separação de pessoas, envolvem sempre uma questão de capacidade; a mulher, que na constancia do matrimonio não pode praticar certos actos sem auctorisação do marido, julgada que seja a separação, pode fazel-o livremente; os conjugues, que o vinculo matrimonial impedia de contrahir novas nupcias, podem fazel-o desde que o divórcio seja decretado.

Ora se a capacidade das pessoas se ventila n'estes casos, claro é que outra não podia ser a lei applicavel.

É, pois, por esta lei que se decide.

a) Se os conjugues podem ou não separar-se de pessoas, ou divorciar-se.

b) Quaes os casos em que o podem fazer; e finalmente,

c) Quaes os effeitos da separação ou do divórcio.

Mas a ordem publica dos Estados torna, por vezes difficil a applicação d'estes preceitos. Vejamos algumas hypotheses.

a) Poderão dois estrangeiros divorciar-se em Portugal se a sua lei nacional o permite?

Entendemos que não. A prohibição do divórcio entre nós é uma medida de ordem publica, inspirada nas ideias de moralidade da nação, ou, porventura, em preconceitos religiosos. Tem, pois, um character imperativo para todos os que se encontram dentro do paiz, sejam nacionaes ou estrangeiros.

b) Da mesma forma, ainda que dois conjugues portuguezes conseguissem divorciar-se no estrangeiro, e contrahissem novo casamento, estes factos não seriam reconhecidos como legitimos em Portugal onde a perpetuidade do vinculo matrimonial tem o mesmo character de ordem publica.

c) As causas de separação de pessoas são reguladas pela lei nacional dos conjugues. Mas poderão separar-se entre nós, por motivo de adulterio, dois conjugues estrangeiros, que no seu paiz o não poderiam fazer?

Affigura-se-nos que sim, porque este preceito é de ordem publica, obrigando portanto os estrangeiros que viajam ou residem no paiz.

SECÇÃO 2.<sup>a</sup>

## Do casamento pelo que respeita aos bens

122.—Não pode determinar-se *à priori* qual a lei que deve regular as convenções ante-nupciaes, ou a falta d'estas.

123.—Cont. Opiniões diversas em contrario; sua refutação.

124.—A doutrina do nosso Código Civil; art. 1406.º e 1407.

125.—A forma externa das convenções ante-nupciaes.

126.—Influencia da mudança de nacionalidade.

**122.**—Não pode determinar-se *à priori* um principio geral que regule as convenções dos esposos em relação aos seus bens. Isto deriva da propria natureza d'essas convenções, em que a *autonomia* da vontade se mantem acima das prescripções legislativas. Como bem diz um escriptor, nas convenções são as partes os legisladores de si mesmos. Portanto a questão sob este ponto limita-se a determinar qual a vontade das partes, quando ellas a não manifestaram claramente, já deixando de estipular o regimen matrimonial a que pretendiam subjeitar-se, já indicando de um modo geral esse regimen, sem apontarem a lei que subsidiariamente deveria applicar-se, ou que determina o seu alcance.

As duas questões estão intimamente ligadas, de modo que a solução d'uma d'ellas envolve desde logo a solução da outra.

Mas convem desde já advertir que a capacidade dos contrahentes para celebrar estas convenções tem de ser regulada, nos termos geraes, pela lei nacional de cada um dos conjuges.

**123.**—Na falta de convenção expressa querem alguns escriptores que os contrahentes fiquem subjeitos ao regimen *commum* do lugar onde foi celebrado o matrimonio, por ser essa presumidamente a sua vontade; outros sustentam que deve ser o do domicilio matrimonial; e, finalmente, apparece uma terceira opinião indicando a lei nacional do marido.

Qual d'ellas é preferivel?

A meu ver a questão é mais de facto do que de direito. As circumstancias especiaes em que cada conjuge se encontra influem poderosamente na presumpção que em cada caso particular deva firmar-se.

Por isso é para mim convicção assente que todos os esforços tendentes a determinar *à priori* qual será a intenção dos que, em circumstancias tão diversas, se casam fóra do seu paiz, são perfeitamente inuteis, e só podem levar a resultados por vezes bem injustos. A observação dos factos, unica base scientifica da presumpção, é, n'este caso, mui difficil, se não de todo impossivel, por serem infinitamente variaveis as circumstancias em que os conjuges podem encontrar-se.

Assim, um ponto em que os auctores parece não discordarem consiste na presumpção de que sendo os conjuges da mesma nacionalidade, quiseram adoptar, na falta de convenção expressa, o regimen de direito *commum* no seu paiz. Será esta presumpção accetavel quando dois individuos da mesma nacionalidade se encontram desde creanças no paiz onde celebram o casamento, quando ellesahi foram educados, quando é a sua lei e os seus costumes que elles conhecem?

Pois não se encontram diariamente estrangeiros n'estas condições, sem conhecerem, sequer, as disposições mais geraes da sua lei nacional?

Evidentemente em casos d'estes a presumpção deveria antes referir-se á lei do lugar.

Mas por este facto devia já firmar-se como regra geral tal presumpção?

De modo algum. Só o juiz, em attenção ás circumstancias particulares que revestem cada hypothese, poderá decidir a presumpção que melhor cabe.

E o que fica dicto para o caso em que falte a convenção, tem por igual applicação sempre que seja preciso interpretar ou supprir as lacunas d'essa convenção, quando porventura ella exista.

Tambem aqui o que se procura é determinar a intenção das partes; e as mesmas razões de incerteza que, para a outra hypothese, acabamos de expôr, têm igual cabimento a este proposito.

**121.**—Mas se julgamos menos bem fundamentada qualquer presumpção a este respeito, reconhecemos, tambem, por seu lado, a conveniencia de estabelecer nas leis preceitos que regnem por uma forma expressa estas hypotheses, determinando qual a lei applicavel quando as partes não tenham manifestado claramente o seu pensamento. Esta conveniencia deriva da necessidade de fixar os direitos correlativos dos conjuges emquanto aos seus bens, mesmo pelo que respeita aos interesses de terceiro. E se não ha base segura para firmar a presumpção, nem por isso o legislador deve deter-se, pois os preceitos que estabelecer revestirão um caracter penal que obrigará os conjuges a declararem expressamente a sua vontade sempre que não queiram sujeitar-se aos effeitos da presumpção.

E sob este aspecto que nós justificamos os preceitos contidos nos artt. 1106.º e 1107.º do nosso Codigo Civil, que adstringem á lei portugueza as convenções ante-nupcias celebradas no estrangeiro entre portuguezes, ou entre portuguez e estrangeira, mandando attender á lei do conjuge

varão nos casamentos celebrados entre portugueza e estrangeiro.

E comquanto o Codigo seja omisso em relação ás convenções celebradas por estrangeiros entre si, fóra ou dentro do reino, ou por estrangeiro e portugueza no paiz, entendemos que é ainda applicavel a lei nacional do marido, por argumento de analogia dos artt. 1106.º e 1107.

**125.**—Quanto á forma externa da convenção, estabelece o Codigo, no art. 1106.º, uma excepção á regra *locus regit actum*, mandando que os portuguezes que celebrarem as suas convenções ante-nupciaes fóra do reino, devem fazel-as por forma authentica.

Mas, como lei de excepção, é somente applicavel a este caso particular, podendo ser redigidas por forma não authentica as convenções estipuladas entre portuguez e estrangeira, ou entre estrangeiro e portugueza, ou entre estrangeiros, fóra do reino, em harmonia com os principios geraes.

**126.**—Para concluir este trabalho, que por tão diversas circumstancias me não é possivel desenvolver agora, acrescentarei somente que a mudança de nacionalidade dos conjuges em nada influe sobre os preceitos a applicar, ainda quando seja á sua lei nacional que elles expressamente se referiram. Esta immutabilidade das convenções ante-nupcias, aconselhada pelos mais caros interesses da familia, deriva logicamente do principio da não retroactividade da lei.

## APPENDICE

# Appendice <sup>1</sup>

SUMMARIO — Pode ser impugnada a authenticidade das *procurações* passadas em paiz estrangeiro, quando não estejam legalmente reconhecidas no reino.

## Consulta

.....  
Os poderes que B... confere a sua mulher na alludida *procuração* *que foi feita na cidade do Rio de Janeiro em 15 de novembro ultimo*, são para tratar dos negocios do sen casal, comprar, vender, alhear, alugar e arrendar os bens de raiz do seu casal, fazer qualquer transacção de todos ou parte dos mesmos bens, receber rendas ou alugueis; e illimitados poderes (que se não especificam) *para fazer conciliações*, e assignar, acceitar e outhorgar escripturas e dar pagas ou quitações em juizo e fóra d'elle.

Esta *procuração* contém apenas o reconhecimento do signal do tabellião que a fez, pelo consul portuguez no Rio de Janeiro.

.....  
Será valida tal *procuração* tendo apenas o reconhecimento do consul portuguez no Rio de Janeiro?

## Resposta

Pelo artigo 2:430.º do codigo civil os documentos authenticos passados em paiz estrangeiro na conformidade da lei d'esse paiz fazem prova entre nós, como o fariam documentos da mesma natureza exarados, ou ex-

<sup>1</sup> Os escriptos aqui colligidos tinham o seu logar proprio, em notas, na primeira parte d'este trabalho, a proposito, e para maior esclarecimento, dos assumptos alli tractados. Não podemos, porem, executar este plano, e por isso não foram elles presentes no nosso acto de licenciatura.

pedidos aqui. O reconhecimento não é solemnidade da procuração; é unicamente meio de verificar a sua authenticidade. *Se o escrivão do juizo de paz lhe não oppoz difficuldade*, nem por isso é nullo o acto, mas bem pode agora B... impugnar a authenticidade se tem fundamento para isso.

(Direito, vol. iv, pag. 215).

Tendo sido a procuração lavrada por official publico brasileiro em harmonia com as leis d'aquelle Estado — como deve presumir-se em face da consulta — claro é que deve considerar-se valida. Mas nos termos do *Regulamento consular* de 25 de novembro de 1851, art. 169.º, aquelle documento só poderia ser attendido em juizo, ou fóra d'elle, desde que se achasse legalisado pelo competente agente consular de Portugal n'aquelle paiz, e sellado com o sello das armas reaes do respectivo consulado. Não era, portanto, sufficiente o reconhecimento da assignatura, a que na consulta se allude; se a procuração não vinha devidamente sellada devia ser recusada no juizo conciliatorio onde foi apresentada, considerando-se o mandatario parte illegitima para intervir no acto.

A assignatura do agente consular, que legalisa o documento, tem de ser reconhecida no ministerio dos Negocios Estrangeiros, sempre que sobre a veracidade d'ella se levantem duvidas; sendo conveniente que se proceda a este reconhecimento antes de fazer uso dos documentos, afim de prevenir a sua impugnação por parte das pessoas contra quem são apresentados. Assim costuma proceder-se na pratica do foro, e parece ser hoje exigido, para alguns, pelo art. 213.º do Cod. do Proc.

Anteriormente á publicação d'aquelle regulamento não dependia, porem, de formalidade alguma especial a admissoão em Portugal de documentos passados no estrangeiro; mas só podiam ser attendidos em juizo desde que fossem fielmente traduzidos em portuguez, conforme preceituava a Resolução de 13 d'agosto de 1871, que adiante vae publicada.

Hoje, porem, alem d'esta traducção, ordenada pelo artigo 213.º do cod. do proc. civil, é indispensavel, como dissemos, a sua *legalisação* ou *authentication* pelos agentes consulares portuguezes; mas é dispensado o reconhecimento de quaesquer autoridades estrangeiras, conforme a Portaria de 20 de março de 1852.

**SUMMARY** — A validade das *procurações* passadas no Brazil regula-se pela legislação d'aquelle paiz.

### Consulta

Será valida e admissivel em juizo uma procuração feita por um tabellião do Brazil, na qual se não declara o estado do constituinte nem se é maior ou menor, e o mesmo acontece com relação ás testemunhas que assistiram ao lavrar o mesmo instrumento?

### Resposta

Uma procuração feita por tabellião no Brazil é sem duvida um documento authenticico passado em paiz estrangeiro, e por isso, segundo o artigo 2430.º do código civil, faz prova n'este reino, como se fosse aqui expedida. Deve pois ter as solemnidades da legislação brasileira, segundo a qual não são essenciaes as declarações, a que allude a consulta.

(Direito, vol. vi, pag. 195).

**SUMMARY** — Para serem attendidas em Portugal as *procurações* feitas em paizes estrangeiros devem ser exaradas pelos nossos consules, ou feitas em harmonia com a legislação do paiz, em que foram passadas.

### Consulta

O art. 1.322.º do cod. civil estabelece que é havida por publica a procuração escripta e assignada pelo mandante, sendo a letra e a assignatura reconhecidas por tabellião.

Ha quem ponha em duvida se esta disposição é applicavel ás procurações feitas em paiz estrangeiro para serem reconhecidas no reino e cá servirem, em vista do que estabelece o art. 169.º do regulamento consular de 26 de novembro de 1851.

### Resposta

Segundo o art. 26.º do regulamento consular de 26 de novembro de 1851 os consules portuguezes podem exarar procurações, e n'esse caso vindo devidamente legalisadas tem de ser attendidas. E ainda que não sejam por elles passadas, mas pelos funcionarios, que segundo a lei do res-

pectivo paiz as podem exarar, devem ser attendidas conforme os artt. 21.º e 2430.º do cod. civil, tendo sido feitas em harmonia com a legislação d'esse paiz e legalisadas nos termos do art. 169.º do dito regulamento.

O art. 1322.º do cod. civil não pôde applicar-se senão ás procurações passadas em Portugal e seus dominios.

(*Direito*, vol. xvi, pag. 340).

O mandato, nos termos da nossa lei civil, pode ser verbal ou escripto; e este só pode provar-se por meio da procuração em que foi conferido. A procuração pode ser publica ou particular, sendo aquella necessaria para todos os actos que têm de realisar-se por modo authenticico, ou para cuja prova é exigido documento authenticico bem como para o mandato judicial (cod. civil, artt. 1319.º, 1323.º, 1326.º, 1326.º e 1355.º). E será havida por publica a procuração escripta e assignada nos termos da consulta (cit. cod. art. 1323.º).

Ocorre, por isso, perguntar:

a] Para os actos em que a lei portugueza exige procuração publica, ou havida por tal, será indispensavel que as procurações passadas no estrangeiro satisficam áquelle requesito?

b] E serão havidas por publicas entre nós as procurações passadas no estrangeiro em harmonia com o preceito do art. 1322.º do cod. civil?

A resposta a estas perguntas não será, no entretanto, difficil, depois do que escrevemos precedentemente.

a] A procuração, como é manifesto, representa a forma externa do mandato; e a forma externa dos actos, ainda mesmo d'aquelles que o codigo declara solemnes, regula-se pela lei do logar. E por esta lei, portanto, que teremos de apreciar a importancia e valor da procuração. N'estes termos o mandato judicial só poderá ser conferido por procuração publica, ou havida por tal, n'um paiz em que somente por esta forma aquelle contracto possa realisar-se; mas poderá ser conferido em procuração particular em todos aquelles paizes cujas leis não consigam uma tal exigencia. Por esta forma, os portuguezes, ou quaesquer estrangeiros, residentes em Italia, podem constituir por meio de procuração particular, quem os represente nos nossos tribunaes, visto que n'aquella nação, segundo cremos, não

é essencial documento authenticico para prova do mandato judicial.

Bem mais importante é o contracto do casamento, e no entanto elle pode ser provado em Portugal por qualquer meio de prova, quando no logar da sua celebração taes actos não estejam sujeitos a registo regular e authenticico. [*Vide n.º 103*]

b] Do mesmo principio resulta que as condicções a que um documento deve satisfazer para ser considerado authenticico são determinadas pelo legislador do logar onde o mesmo é exarado. Não pode, pois, invocar-se o art. 1322.º do cod. civil para as procurações passadas no estrangeiro, porque, como bem diz o *Direito*, tal artigo só regula para Portugal e seus dominios.

Respondendo á consulta que acima fica enunciada diriamos, pois, que a procuração passada nos termos indicados, tendo sido previamente legalisada, deveria produzir entre nós os seus effectos se o mandatario podesse realisar no paiz onde foi passada, os actos por ella autorisados.

**SUMMARY.** — Para ser valida uma procuração feita por portuguez em paiz estrangeiro, é necessario que a forma externa da procuração esteja em harmonia com as leis do paiz onde foi escripta. — Sendo este paiz o Brazil pode tambem fazer-se no consulado portuguez, se ella se refere a bens situados no reino, ou a negocios que têm de ser tractados n'elle.

### Consulta

Antonio reside accidentalmente no Brazil, mas é portuguez.

Carecendo de constituir procurador n'este reino de Portugal para o representar em varios contractos, fez procuração escripta e assignada por elle em meia folha de papel sellado de 60 réis, na qual collocon estampilha de 300 réis, que tudo d'aqui lhe enviaram, e tanto a letra como a assignatura foram reconhecidas por tabellião d'este reino.

Pergunta-se: A procuração nos termos expostos é valida, e produzirá, independentemente de outra formalidade, effectos legaes?

### Resposta

A procuração que Antonio fez no Brazil contem um contracto de mandato nos termos do artigo 1322.º do Codigo civil; e para podermos avaliar

a sua força jurídica, precisamos de recorrer ás disposições de direito internacional privado, contidas no mesmo Código, e que regulam os actos jurídicos praticados por portuguezes em paiz estrangeiro.

Ora o artigo 24.º do Código civil, tractando de regular a forma interna e externa dos actos jurídicos, celebrados por portuguezes que *viajam* ou *residem* em paiz estrangeiro, diz que taes actos devem conformar-se emquanto á forma interna com as leis portuguezas, e emquanto á forma externa com a lei do paiz, onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrario.

Sendo assim, a procuração passada por Antonio não tem valor juridico, porque não foi feita segundo as leis do Brazil onde Antonio estava então residindo, mas segundo as leis portuguezas.

Antonio tambem podia fazer a procuração no consulado portuguez, visto que se referia a negocios que tinham de ser tractados em Portugal, nos termos dos artigos 9.º e 10.º da convenção consular de 28 de abril de 1876<sup>1</sup>: mas o que elle não podia fazer em vista dos textos citados era escrever no Brazil uma procuração segundo as formalidades das leis portuguezas, *sem n'ella intervir nenhuma auctoridade ou funcionario d'aquelle paiz, que lhe desse valor juridico.*

(*Revista de Leg. e de Jurispr.*, anno xvi, pag. 359).

Os documentos passados no estrangeiro, quer sejam particulares quer authenticos, somente produzirão effeitos entre nós quando n'elles se tenham observado as leis que regulam a forma dos actos no logar onde foram exarados. Tal é a doutrina por nós precedentemente enunciada (*vide* n.ºs 78 e 80).

À face d'estes principios, que parecem ter sido aceitos pela *Revista*, não pode, a juízo nosso, dar-se uma resposta decisiva á *consulta*, porque não se diz ahí se o mandante deixou de observar as formalidades prescriptas pela lei brasileira para as procurações particulares; sendo de presumir que as observasse por serem ellas identicas em quasi todos os paizes, e, consequentemente, valida a procuração.

O facto, onde aquelle acreditado jornal parece basear o seu parecer, de ter sido a procuração sellada e escripta em papel portuguez, nenhuma importancia tem sobre a validade do acto, podendo, quando muito, dar apenas logar á applicação das penas comminadas na legislação fiscal do Brazil, se a procu-

ração ahí fosse exhibida. A natureza do sello e a qualidade do papel são cousas completamente alheias á *forma externa* do contracto, que é o ponto em discussão.

Das ultimas palavras da sua resposta parece, alem d'isso, inferir-se que a *Revista* attribue valor juridico em Portugal ao documento lavrado no estrangeiro em harmonia com as leis portuguezas que regem a forma dos actos, se n'ella tiver intervindo official publico do logar.

Tal opinião parece-nos inaceitavel, porque a intervenção do official publico estrangeiro, como parte *principal*, tornaria impossivel aquella hypothese, visto que a estes só é permittido praticar os actos para que a *sua* lei lhes dá competencia, e pela *forma* na mesma ordenada (*vide* n.º 66, not. 3). E a intervenção *secundaria*, e posterior ao acto, do official publico não pode dar-lhe valor juridico, desde que a nullidade do mesmo acto resulta clara e indubitavelmente do preceitnado na segunda parte do art. 24.º e do art. 10.º do cod. civil.

Em conclusão: opinamos que a procuração passada por Antonio, se não vae d'encontro ás leis brasileiras que regulam a forma externa dos actos, deve considerar-se valida e produzir todos os seus effeitos no reino, embora escripta em papel sellado portuguez — comtanto que tenha sido legalisada devidamente, e satisfaça ás demais condições por nós indicadas na nota precedente.

**SUMMARY.** — Em que termos deve ser passada a **procuração** do Santo Padre para ser attendida nos tribunaes portuguezes?  
**Capacidade** das corporações de instituição ecclesiastica para succederem em Portugal.

### Consulta

Falleceu certo testador, deixando no testamento a seguinte disposição: «Que o remanescente de toda a sua fortuna, depois de pagos e satisfeitos todos os legados, e bens de alma, na forma dicta e declarada, será repartido em quatro partes eguaes, a *primeira* das quaes elle testador lega e deixa ao Padre Santo de Roma, a *segunda* á Congregação da propagação da fé, etc.»

<sup>1</sup> *Revista*, anno x, pag. 652



É sobre a validade e interpretação da disposição testamentaria *retro* transcripta, que desejamos saber a opinião dos Redactores da *Revista*, suscitando-se as questões seguintes:

## 3.\*

O Papa Leão XIII fez-se representar nos autos de inventario por uma procuração assignada pelo seu secretario, o cardeal Jacobini: no caso de o Padre Santo poder haver a quota parte dos bens da herança, que o testador indica, a procuração, que foi competentemente traduzida, e cujas assignaturas foram devidamente reconhecidas, está nos termos do artigo 1355.º do Código civil?

## 4.\*

A Congregação da propagação da fé, que se fez representar pelo seu Perfeito, o cardeal Simeoni, é pessoa moral reconhecida em leis portuguezas; e, sendo-o, será corporação de instituição *ecclesiastica*, tendo as attribuições indicadas por Schenk, *Inst. jur. ecclesiast.*, tom. 1.º, part. 1.ª, sect. 1.ª, § 192.º?

## Resposta

3.º quesito — A duvida que nos é proposta neste quesito consiste em determinar as formalidades a que deve satisfazer a procuração de um italiano para ser admittida como legal nos tribunaes portuguezes, n'um processo em que esse estrangeiro seja interessado.

É, como se vê, uma questão de direito internacional privado.

O principio consagrado na jurisprudencia internacional, por *commun assentimento*, e por effeito de uma especie de necessidade reciproca, como se exprime Pasquale Fiori <sup>1</sup>, é o que se formula — *locus regit actum*, isto é, a forma exterior, tanto dos actos juridicos, como dos instrumentarios, é regulada pela lei do lugar onde taes actos foram celebrados, de modo que para a sua validade extrinseca basta observar as formalidades prescriptas por essa lei.

Este principio acha-se admittido pelo nosso Código civil nos artigos 24.º, 1065.º, 1085.º, 1106.º, 1961.º, 1965.º, 2430.º e outros; e devemos portanto attender á legislação italiana para averiguarmos se a procuração mencionada na consulta deve ser considerada legal.

<sup>1</sup> *Droit international privé* par Pasquale Fiori, trad. par P. Pradier-Fodéré (Paris, 1875), n.º 315, paginas 488.

O mandato, segundo o Código civil italiano, não está sujeito a formalidades externas especiaes, e pode provar-se pelos meios de prova admittidos n'aquelle código, conforme os actos juridicos que o mandato auctorisar.

A prova por escripto, diz o artigo 1313.º do Código italiano, resulta de acto (documento) publico ou de escripto particular; e acto publico, define o artigo 1315.º, é aquelle que com as formalidades requeridas é recebido por um notario ou outro official publico auctorisado, no lugar onde o acto é realiado, para lhe attribuir fé publica. O escripto particular reconhecido por aquelle contra quem se produz, e legalmente considerado como reconhecido, tem a mesma fé do acto publico entre os que o assignaram, e entre seus herdeiros e representantes (artigo 1320.º), e têm-se como reconhecidas as assignaturas authenticadas por um notario, não podendo esta authenticacão ser feita senão quando as assignaturas sejam firmadas na sua presença e de duas testemunhas, verificada previamente a identidade das pessoas dos contrahentes (artigo 1323.º).

Taes são, em geral, os principios pelos quaes se regula a prova documental segundo o direito italiano. Na hypothese de que se tracta, *sendo judicial o mandato, e devendo esse mandato, nos termos do nosso Código civil, artigo 1355.º, ser conferido por procuração publica, ou havida por tal, cremos que a procuração de um cidadão italiano, para ser admissivel nos tribunaes portuguezes, deve constar de um acto publico, ou, como se exprime o nosso Código, de um documento*, visto que, segundo o artigo 1324.º do Código civil italiano, embora a letra ou a assignatura tenha sido reconhecida ou seja havida como tal, a parte, contra quem se produz um acto particular, tem sempre o direito de propôr as suas razões contra o conteúdo no mesmo acto, ainda que não tenha feito nenhuma reserva na occasião do reconhecimento.

Escusado é acrescentar que esse documento deve alem d'isso satisfazer aos preceitos do artigo 213.º do código do processo civil, e dos artigos 161.º e 169.º do regulamento consular de 26 de novembro de 1851.

São estes os principios geraes; e em conformidade com elles deveria a procuração ser assignada pelo proprio interessado. Se porem o direito italiano permitir que o Santo Padre possa fazer-se representar em juizo pelo seu secretario, independentemente de procuração por elle assignada, intendemos que a procuração feita pelo secretario equivale á que fosse feita pelo proprio Santo Padre. D'essa faculdade gosa o rei de Portugal, o imperador do Brazil, os quaes podem fazer-se representar por um mordomo por elles nomeado, em relação aos interesses da casa real e imperial <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Carta constitucional, artigo 84.º, Constituição do Brazil, artigo 114.º  
A lei italiana de 13 de maio de 1871 (denominada *lei de garantias*) concede

Nas notas antecedentes deixámos já sufficientemente esclarecida a nossa opinião a respeito do objecto aqui tractado, e as razões porque divergimos da opinião da *Revista*. O mandato judicial pode considerar-se em Portugal um acto solemne: a sua validade está dependente de ter sido constituido em procuração publica ou havida por tal. Mas se na Italia pode constituir-se esta especie de mandato por documento particular, este documento será bastante para provar aquelle contracto nos tribunaes portuguezes, e consequentemente para legitimar a pessoa do mandatario.

Da mesma forma que a compra e venda de bens immobiliares de valor superior a 50\$000 réis, feita por escripto particular n'um paiz onde para tal contracto se não exija documento publico, produzirá entre nós todos os seus effeitos a despeito das exigencias do art. 1590.º § 2.º do cod. civil. ( *Vide n.ºs 71 a 80*).

**4.º quesito**—A Congregação da propagação da fé poderá adquirir por testamento em Portugal? Se pode, em que termos e limites succederá?

Eis-nos em presença de outra questão de direito internacional privado.

O principio que deve invocar-se para resolver esta duvida acha-se formulado no artigo 27.º do Codigo civil, que diz: «O estado e a capacidade civil dos estrangeiros são regulados pela lei do seu paiz.»

Este principio não se applica todavia de um modo absoluto, como pode parecer ao primeiro aspecto. O Codigo civil italiano contem no artigo 6.º do titulo preliminar a mesma disposição, e contudo Pasquale Fiori<sup>1</sup> sustenta que esse principio tem uma excepção racional. Intende este illustre escriptor que os effeitos juridicos dimanados do estado e qualificações pessoasas não podem valer em territorio estrangeiro, quando contradizem um principio de ordem publica que vigora no lugar em que o individuo quer exercer os seus direitos; e exemplifica a sua doutrina considerando um judeu ou uma corporação de mão morta que sejam declarados capazes de adquirir bens immoveis pela lei do seu paiz, e que todavia não podem pedir a appli-

ção do artigo 3.º ao soberano pontífice, sobre o territorio do reino italiano, as honras soberanas e a preeminencia de honra que lhe é reconhecida pelos soberanos catholicos (veja-se no *Annuario de legislação estrangeira*, tomo 1.º, paginas 290). O Estatuto constitucional de 4 de março de 1848, que é a lei fundamental do reino de Italia, não contem todavia nenhuma disposição correspondente á nossa Carta e á Constituição do Brazil; mas é provavel que na legislação especial italiana haja para o soberano a concessão d'aquella facilidade, devendo n'esse caso applicar-se ao Santo Padre em virtude da cidade lei de garantias. Deve em todo o caso ter-se em vista a disposição do artigo 2406.º do Codigo civil.

ção da sua lei pessoal n'um Estado que considerasse os judeus e as corporações de mão morta como absolutamente incapazes.

Cremos que é de accôrdo com a doutrina de Fiori que deve ser intendedo e interpretado o artigo 27.º do nosso Codigo civil.

Tracta-se da capacidade de uma pessoa moral, e é mister averiguar, se a lei italiana considera essa pessoa moral capaz de adquirir por testamento.

O artigo 2.º do Codigo civil italiano declara que os institutos publicos civis ou ecclesiasticos, e em geral todos os corpos moraes legalmente reconhecidos são considerados como pessoas, e gosam dos direitos civis segundo as leis e os usos observados como direito publico; e o artigo 433.º estabelece que os bens dos institutos civis ou ecclesiasticos e dos outros corpos moraes pertencem aos mesmos, enquanto as leis do reino reconhecerem n'elles a capacidade de adquirir e possuir. Nenhuma outra disposição se encontra n'aquelle Codigo relativamente á capacidade ou incapacidade das pessoas moraes para adquirirem por testamento; e não nos é possivel, com a brevidade reclamada pela consulta, obter as informações necessarias para conhecermos se a Congregação da propagação da fé está sujeita a disposições especiaes que não se achem inseridas no Codigo civil italiano.

Partimos consequentemente do presupposto de que essa congregação é uma pessoa legalmente reconhecida, e como tal capaz de adquirir, nos termos expostos.

Entre nós as pessoas moraes da natureza d'esta, isto é, as corporações de instituição ecclesiastica só podem succeder até o valor do terço da terça do testador, como é expresso no Codigo civil, artigo 1781.º § unico 2; e esta

<sup>1</sup> *Obra citada*, n.ºs 50 e 51, paginas 98 e seguinte.

<sup>2</sup> O projecto do Codigo civil do sr. Visconde de Seabra continha no artigo 1911.º, correspondente ao actual 1781.º do Codigo civil, a seguinte disposição: «As egrejas, cabidos, confrarias e quaesquer estabelecimentos de caridade, beneficencia ou instrução publica, não podem adquirir por testamento senão a titulo de legado particular.»

Na commissão revisora do projecto o sr. José Julio apresentou a seguinte substituição a este artigo:

«As pessoas moraes podem ser instituidas herdeiras ou legatarias, salvas as restricções consignadas em seus estatutos.

«§ 1.º Porem as associações ou corporações perpetuas que tiverem por fim objectos meramente religiosos somente podem adquirir por herança ou legado até á terça dos bens do testador, ou até á terça da terça se este deixar herdeiros necessarios.

«§ 2.º Intende-se que têm por fim objectos meramente religiosos aquellas associações ou corporações que em cumprimento de seus estatutos consumirem em suffragios ecclesiasticos ou objectos de culto mais de ametade dos seus rendimentos livres

limitação à capacidade de adquirir das corporações de instituição ecclesiastica é baseada em razões de ordem publica, que têm de ser consideradas na applicação do nosso direito testamentario ás pessoas moraes estrangeiras, conformemente á doutrina de P. Fiori, que expozemos.

Acresce que, se assim não fosse, a instituição de uma corporação estrangeira seria o meio facil de sophismar a applicação do artigo 1781.º § unico do Codigo civil, em beneficio de pessoas estranhas ao paiz.

Portanto, intendemos que, entre nós, a Congregação da propagação da fé só poderá succeder até o valor do terço da terça do testador, se a legislação italiana não contiver mais consideravel limitação á sua capacidade de adquirir por testamento.

(*Revista cit.*, anno XVII, pag. 323 e seg.)

de quaesquer outros encargos.» (Veja-se a sessão de 2 de junho de 1862, nas *Actas*, paginas 270 e 271, e a sessão de 6 de dezembro do mesmo anno, nas *Actas*, paginas 304).

O sr. Ferreira Lima propoz a substituição seguinte: «As egrejas, cabidos, confrarias e quaesquer estabelecimentos que não tenham por fim principal a instrução publica ou actos de beneficencia e caridade não podem ser instituidos em parte superior á terça da herança do testador.»

Houve sobre este ponto larga discussão, e o sr. presidente propoz á votação os seguintes quesitos:

«1.º Em geral, as pessoas moraes podem succeder por testamento? Venceu-se que sim.

«2.º E podem succeder tanto a titulo de herdeiros como de legatarios? Venceu-se que sim.

«3.º Deve haver alguma excepção a este principio geral com relação a algumas pessoas moraes? Resolveu-se que sim.

«4.º A excepção deve resultar da natureza das pessoas moraes? Resolveu-se que sim.

«5.º A excepção deve limitar-se ás corporações de instituição ecclesiastica? Resolveu-se que sim.

«6.º Esta excepção deve consistir em estas corporações não poderem ser instituidas herdeiras ou legatarias em mais do terço da terça do testador? Resolveu-se que sim.

«E resolveu-se finalmente que o artigo 1911.º fosse organizado em harmonia com o que fica votado.» (Veja-se a sessão de 10 de dezembro de 1862, nas *Actas*, paginas 305 e 306).

Os trabalhos preparatorios do artigo 1781.º do actual Codigo derramam alguma luz sobre a sua interpretação.

**SUMMARY.** — Segundo a legislação hespanhola em vigor até á execução da lei de 17 de junho de 1870 o assento do baptismo de um filho illegitimo, em que o parochio declarava que os pais lhe tinham apresentado aquelle filho e requerido que fosse como tal inscripto no dicto assento, embora não estivesse assignado pelos pais, era documento authenticico sufficiente para provar a paternidade. — E este assento faz em Portugal tambem prova da paternidade.

## Consulta

Em 1848 foi baptisado em uma parochia de Hespanha um filho illegitimo de pai e mãe portuguezes.

No respectivo assento declara o parochio que o baptisado é filho natural de F... e F..., porque aquelle se lhe apresentou em pessoa, declarando que era seu filho, e que como tal o inscrevesse no assento; mas não assignou, porque o parochio lhe não exigiu a assignatura.

Falleceu agora o pai, e como o filho é já de maioridade, e não pode intentar acção de investigação de paternidade, *desejava saber, se, com a certidão do assento de baptismo, se pode com segurança intentar acção de petição de herança.* A certidão do assento de baptismo é um documento authenticico, passado em paiz estrangeiro, e estando passado na conformidade da lei hespanhola, parece que deve fazer prova da filiação, em vista do artigo 2430.º do Codigo civil; no entretanto, e apesar do accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de agosto de 1878, que julgou que antes da execução do Codigo civil a declaração dos pais illegitimos, feita pelo parochio no assento de baptismo, se presumia ter sido feita por ordem dos pais, tenho grande duvida a tal respeito, e por isso deseja ouvir a opinião da *Revista*.

## Resposta

A real ordem hespanhola de 1 de dezembro de 1837, que esteve em vigor até á execução da lei de 17 de junho de 1870 <sup>1</sup>, não exigia que os assentos de baptismo dos filhos (*las partidas de los bautisados*) fossem assignados pelos pais, ainda que illegitimos, e só mandava que o parochio declarasse o nome do baptisado, o dia e hora em que nasceu, e sendo filho

<sup>1</sup> A lei hespanhola de 17 de junho de 1870 alterou a real ordem de 1 de dezembro de 1837, porque nos artigos 20.º e 51.º contem, emquanto á assignatura dos assentos do baptismo, disposições analogas ás dos decretos portuguezes de 19 de agosto de 1859, artigo 14.º § 1.º, e de 2 de abril de 1862, artigo 13.º § 2.º

natural de pais conhecidos, os nomes e appellidos dos pais, os dos avós paternos e maternos, a naturalidade e residência de cada uma d'estas pessoas, e a profissão ou emprego que tinha o pai do baptisado, e que taes assentos fossem assignados pelo parcho e duas testemunhas; e que, não sendo os pais conhecidos, se mencionassem as circumstancias que os interessados declarassem. Portanto o assento do baptismo, em que o parcho declarasse que o baptisado era filho de certo individuo, embora não tivesse a assignatura do pai, era documento sufficiente para provar a paternidade legima ou illegitima do filho<sup>1</sup>; e só no caso de não constar do assento do baptismo o reconhecimento do pai é que o filho não devia ser tido como perfilhado, conforme julgou o Supremo Tribunal de Justiça de Hespanha em accordão de 25 de junho de 1851<sup>2</sup>.

Porem, se o assumpto era explicito a este respeito, o filho devia reputar-se legalmente reconhecido pelo pai segundo a citada real ordem hespanhola; e os assentos do baptismo passados pelos parchos são em Hespanha documentos authenticos, como se vê do artigo 280.º n.º 4.º da lei de 5 de outubro de 1855, e do artigo 596.º n.º 6.º da lei de 3 de fevereiro de 1881.

Applicando esta doutrina á hypothese da consulta, intendemos que o filho illegitimo a que ella se refere está legalmente perfilhado pelo pai, porque do assento do baptismo consta que o pai declarara ao parcho que o baptisado era seu filho illegitimo, e queria que fosse como tal inscripto no assento do baptismo.

E se é certo que este assento está lavrado em conformidade com as leis de Hespanha em vigor ao tempo em que foi feito, prova em Portugal a paternidade do filho illegitimo nos termos do artigo 2430.º do Codigo civil, que, seguindo os bons principios de direito internacional privado, declara que os documentos authenticos, passados em paiz estrangeiro em conformidade da lei d'esse paiz, farão prova n'este reino, como o fariam documentos da mesma natureza, exarados cu expedidos n'elle.

(*Revista cit.*, anno xvi, pag. 146)

Ainda hoje pelo art. 131.º do cod. civil hespanhol, é permitido fazer a perfilhação no assento de baptismo. As condições em que essa perfilhação pode ter logar são determinadas, em nossa opinião, pela lei do pae perfilhante (*vide n.º 118*

<sup>1</sup> A real ordem de 1 de dezembro de 1837 acha-se transcripta por Alcubilla no *Diccionario de la administración española*, verbis — *libros parroquiales*.

<sup>2</sup> Citado por Gutierrez Fernandes, *Códigos e estudos fundamenteis sobre el derecho civil español*, tomo 1.º, liv. 1.º, cap. 4, seq. 2.º, § 1.º, artigo 6.º, paginas 602.

*nota 3*). Portanto se o individuo de que se falla na consulta estava em alguma das cathogorias, estabelecidas na legislação portugueza anterior ao codigo, de filhos que não podiam ser perfilhados, embora o assento de baptismo esteja lavrado com todas as formalidades legaes, a perfilhação será nulla. A consulta deixa na sombra os esclarecimentos indispensaveis para a este respeito se proferir juizo seguro.

Quanto ao mais, concordamos inteiramente com a douta opinião da *Revista*.

### Resolução de 13 de agosto de 1871

**SUMMARY.** — Não é admissivel no nosso fóro documento escripto em lingua estrangeira sem ser traduzido fielmente para portuguez.

Por ter sido a fonte do artigo 213.º do Codigo do processo civil, e não se encontrar inserta na *Collecção de legislação* do desembargador Antonio Delgado da Silva, publicamos a resolução de 13 de agosto de 1781, que declarou não serem admissiveis no fóro documentos escriptos em lingua estrangeira, que não estejam traduzidos fielmente para a nossa lingua.

Encontrámos esta resolução em manuscrito na *Collecção de legislação* de Manuel Fernandes Thomaz, hoje em poder do sr. dr. Joaquim Ignacio Roxanes, residente n'esta cidade.

D. Maria por graça de Deus, Rainha de Portugal e dos Algarves, d'aquem e d'alem mar em Africa, Senhora de Guiné, etc. Faço saber que, Cosme José Rodrigues me representou que movendo-se duvida perante o provedor e corrector dos seguros da praça d'esta cidade Caetano José de Souza entre Luiz Casson, segurado e os seguradores da apolice n.º 17:187, depois de nomeado por parte do dicto Luiz Casson o louvado e ter este dado o seu arbitramento nomearam os seguradores pela sua parte ao supplicante para o mesmo fim, e que, vendo elle no processo uma multidão de documentos em francez, da intelligencia dos quaes pendia a decisão da causa, requerrera se traduzissem em forma authentica na lingua portugueza, e que depois diria o seu louvamento. E que, devendo o dicto provedor deferir, elle saira nos autos com um despacho em que determina que, vista a resposta do louvado Cosme José Rodrigues, houvera por admittida a inhabilidade que allegava, para ser escuso do louvamento, que os seguradores nomearam outro louvado no termo de trez dias contados da data do despacho, que o escrivão lhe intimaria para no fim do termo continuarem os autos sem de-

mora o seu effeito. Que o referido despacho devia ser trancado em forma que não se podesse lêr, por ser não só injurioso ao supplicante, mas também á honra da nação portugueza, pela qual eu devia acudir, pois considerava que o provedor pretendia processasse em francez o que era querer deslustrar a mesma nação, commettendo um attentado contra ella, e que se se admittisse aquella pretensão do provedor, d'ella se seguiriam as consequências mais deshonrosas <sup>1</sup>. E que n'estes termos é evidente que não podia ficar sem um exemplar castigo a ousadia do provedor, nem impunida a injuria feita ao supplicante que era atrocissima, porque atacava a honra com que vivia, o seu credito, a sua reputação que tinha adquirido á custa da sua verdade e lisura: Que o provedor não tinha auctoridade nem motivo para o ultrajar e muito menos em juizo; e ainda quando lhe sobejasse o poder. não devia fazer sem causa: Me pedia fosse servida desaggravar o supplicante da referida afronta, e que ao mesmo tempo acudisse ao decore da nação ultrajada, mandando que o mencionado despacho se trancasse e riscasse, e que se deferisse e satisfizesse ao referido requerimento, que o supplicante tinha feito n'aquelles autos. E visto o que allegou, informação que se houve do desembargador Luiz Rebello Quintella, juiz da minha real corôa, ouvindo o provedor supplicado; Ao que tendo consideração, e a ser estylo d'estes mesmos reinos e ainda dos estranhos não se admittirem no fóro documentos na lingua estrangeira sem serem fielmente traduzidos na do paiz em que correm as causas, e para que se evitem as demoras que têm havido n'esta, e o corpo que tem tomado uma tão insignificante questão: Hei por bem e mando que o dicto provedor dos seguros defira logo ao requerimento do supplicante, mandando fazer a traducção que este tinha requerido nos autos de que se tracta. Esta provisão se cumprirá como n'ella se contem, e valerá, posto que seu effeito haja de durar mais de um anno sem embargo da Ord., liv. 2.º, tit. 40.º, em contrario, e se registrará aonde pertencer para constar a todo tempo que Eu assim o houve por bem: E pagou de novos direitos 440 réis que se carregaram ao thesoureiro d'elles no livro 2.º da sua receita a fl. 321 v., e se registrou o conhecimento em forma no livro 37.º do registro geral a fl. 211. A Rainha Nossa Senhora o mandou por seu especial mandado pelos ministros abaixo assignados do seu conselho e seus desembargadores do paço. Manuel José Pereira a fez em Lisboa a 19 de setembro de 1781. D'este 800 réis e de assignatura o mesmo. — José Frederico Ludovice a fez escrever. — José Alberto Leitão — Manuel Gomes Ferreira. Por resolução de Sua Magestade de 13 de agosto de 1781 tomada em consulta do desembargo do paço.

(*Revista cit.*, anno xvii, pag. 347.)

<sup>1</sup> No original diz-se — *honrosas*: mas cremos haver erro do copista escrevendo — *honrosas*, em vez de — *desonrosas*. (*Nota da redacção*).

## SENTENÇA DO TRIBUNAL DO COMMERCIO DE LISBOA

SUMMARIO — A falta de traducção *authentic*a, nos termos do art. 213.º do cod. do proc. civil, dos documentos escriptos em lingua estrangeira, não é omissão substancial nos pleitos mercantis, aonde o jury decide pela verdade sabida, e sem completa sujeição ao rigor das formulas.

.....  
 Attendendo a que, arguindo-se no acto da discussão oral, por parte da companhia R., o ser escripto em lingua franceza aquelle documento de fl. 5, não é applicavel o art. 218.º do cod. commercial, que se invocara, porque não se trata de contracto que fosse celebrado em Portugal, para dever ser exarado em idioma portuguez, mas o que deixara de observar-se fóra o preceito do art. 213.º do cod. do proc. civil, que manda apresentar com os documentos escriptos em lingua estrangeira a traducção *authentic*ada pela fórma, que ali se declara;

Attendendo, porem, a que esta omissão não importa uma falta, que seja substancial, já por que a lingua franceza é hoje geralmente conhecida, e mal pode allegar-se a ignorancia d'ella, e já porque, para se formar a consciencia do jury em assumpto de provas não ha regras definidas, tanto mais que nos pleitos mercantis não se exige a observancia rigorosa de formulas, e não devem prevalecer sobre a verdade sabida e patente dos autos os apíes de direito:

.....  
 (*Direito*, anno xi, pag. 546).

## RELAÇÃO DE LISBOA

.....  
 Considerando que com quanto na minuta de fl. 47 se invoque a disposição dos art. 248.º e 1:431.º do cod. commercial, e ainda o art. 213.º do cod. do processo civil, para sustentar que não devia ser admittido no processo o documento de fl. 5, escripto em idioma estrangeiro sem ser acompanhado de traducção em portuguez, e que por isso a acção não podia ser julgada procedente, não é comtudo essa falta de traducção motivo bastante para que a acção se deva julgar improcedente, como na dita minuta se pretende, por quanto aquella falta não é nullidade insupprivel das taxativamente enumeradas no art. 130.º do cod. do proc. civil, que é subsidiário e auxiliar para o processo commercial. e quando nullidade supprivel se

podesse considerar, devia ella ser accusada no praso de cinco dias, nos termos do art. 132.º § 2.º do mesmo cod. do proc. civil; como, porem, nenhuma reclamação se fez a tal respeito dentro do praso legal, deve semelhante falta haver-se por supprida para todos os efeitos, nos termos do art. 187.º do dito codigo;

Por estes fundamentos, e pelo mais da sentença appellada, confirmam a mesma sentença, com custas acrescidas pela companhia appellante.

Lisboa, 19 de fevereiro de 1881. — *Rivara — Holbeche — Vieira da Motta — Osorio.*

(*Direito*, anno XIV, pag. 64).

É, em parte, acceitavel a doutrina da *sentença* do tribunal do commercio, mas de todo o ponto injuridica a do accordão da Rel. que a confirmou.

Com effeito a sentença diz bem quando affirma que não ha regras definidas para se formar a consciencia do jury em materia de provas; e por isso podiam os jurados dar a acção por provada, embora a sua convicção derivasse de documentos escriptos em lingua estrangeira. Mas o juiz que tem de ligar o seu voto ás provas dos autos não pode em caso algum basear a sua decisão n'um documento que a lei precisa e expressamente declara de nenhum valor.

O facto da lingua franceza ser geralmente conhecida nada importa ao caso, desde que a lei exige que *todos* os documentos escriptos em lingua extrangeira sejam traduzidos em portuguez para serem attendidos entre nós.

A falta de traducção não é *nullidade* do processo, como erradamente declarou a Relação de Lisboa, porque o documento não é *acto* de processo, e aquellas nullidades só a estes se referem. (Cod. do Proc., art. 128.º)

Mais juridica é a doutrina do Acc. da mesma Relação, de 22 de julho de 1885, que declarou parte illegitima n'um processo quem provava a sua legitimidade com um documento escripto em lingua extrangeira. (*Vide* n.º 82).

## DIREIRO CIVIL E FISCAL

**SUMMARY.** — O contracto de compra e venda de bens immobiliarios, sitos em Portugal, pode ser feito no Brazil entre dois portuguezes perante tabellião brasileiro, sem o previo pagamento da respectiva contribuição de registro; mas para o contracto fazer fé perante qualquer tribunal, juiz e auctoridade de Portugal ou Brazil, deve o traslado ser lavrado e submettido previamente ao sello, registro, insinuação e a quaesquer ontras formalidades que rejam a materia em Portugal.

### Consulta

Alberto, portuguez, residente no Brazil, vendeu a Bento, tambem portuguez, com residencia no mesmo imperio, os bens que lhe couberam por herança de seus pais, sitos em Portugal, conhecidos já ao tempo da venda, por se acharem legalmente partilhados. A venda foi feita no Brazil por escriptura publica, mas os bens vendidos nem foram especificados na escriptura, nem se pagou ainda da transmissão d'elles a respectiva contribuição de registro. O comprador Bento, que continua ausente no Brazil, ainda não tomou posse dos bens, nem por si nem por procurador. Elle pretende fazer registrar a compra de taes bens na conservatoria da sua situação, mas o registro é-lhe vedado, emquanto não mostrar cumprido o preceito do artigo 94.º do regulamento de registro predial.

Pergunta-se: 1.º Poderá o comprador Bento ser admittido a pagar ainda no conceito da situação dos bens vendidos por Alberto a contribuição de registro relativa á compra d'elles? O espirito do artigo 3.º do regulamento de 30 de julho de 1870 permitirá este pagamento extemporaneo, ou exigirá antes que o contracto se faça no reino depois de se mostrar paga a contribuição de registro? Permittindo o espirito do citado artigo que o pagamento da contribuição, devida por este contracto de venda, feito no Brazil, a respeito de bens sitos no reino, possa effectuar-se depois de feito o contracto, qual o modo pratico de realizar tal pagamento? 2.º Tendo resposta affirmativa as perguntas anteriormente feitas, quaes os poderes que na procuração vinda do Brazil devem ser dados pelo comprador Bento ao seu procurador de Portugal para levar a cabo o pagamento da contribuição de registro, a tomada da posse dos bens comprados a Alberto, e o registro da compra na conservatoria da situação de taes bens? Tendo as dietas perguntas resposta negativa, deverão Alberto e Bento construir procuradores em Portugal, que em nome d'elles celebrem novo contracto de compra e venda, satisfeitos previamente os direitos devidos pela transmissão?

## Resposta

A convenção consular de 25 de fevereiro de 1876 <sup>1</sup>, aprovada pela carta de lei de 19 de abril <sup>2</sup>, e ratificada pela carta de confirmação e ratificação de 28 de abril do mesmo anno <sup>3</sup>, no artigo 10.º dá aos consules geraes, consules, vice-consules e agentes consulares, ou áquelles que suas vezes fizerem no Brazil, competencia para lavrarem nas suas chancellarias quaesquer actos convencionaes *entre seus concidadãos*, e entre estes e outras pessoas do paiz em que residirem, assim como quaesquer outros de identica natureza que interessem unicamente a subditos d'este ultimo paiz, *contanto que se refram a bens situados ou a negocios que tenham de ser tractados no territorio da nação a que pertencer o agente consular perante o qual elles são passados*; e prescrevendo as formalidades a que devem satisfazer os documentos comprovativos de taes actos, diz que « os *traslados d'estes actos*, devidamente legalisados pelos consules geraes, consules, vice-consules e agentes consulares, e sellados com o respectivo sello official, farão fé perante qualquer tribunal, juiz e auctoridade de Portugal ou Brazil, como se fossem os originaes, e terão respectivamente a mesma força e validade como passados perante notarios e outros officiaes publicos competentes, uma vez que sejam lavrados conforme as leis do estado a que o consul pertencer, e tenham sido submettidos previamente ao sello, *registro*, insinuação e a quaesquer outras formalidades que regem a materia no paiz em que tiverem de ser cumpridos. »

É claro em vista d'esta disposição que perante aquelles funcionarios podem os portuguezes residentes no Brazil fazer um contracto de compra e venda de bens de raiz, sitos em Portugal, sem pagarem previamente a contribuição de registro; mas, para que os traslados de tal contracto façam fé perante qualquer tribunal, juiz ou auctoridade de Portugal ou do Brazil, devem ser lavrados conforme as leis do estado a que o consul pertencer, e pagar previamente o sello, registro, insinuação e quaesquer outras formalidades que rejam a materia no paiz em que tiverem de ser cumpridos.

Portanto, se o contracto de compra e venda a que se refere a consulta tivesse sido celebrado perante algum d'aquelles funcionarios, Bento devia apresentar o *traslado* ao pagamento do sello e da contribuição de registro, e submettel-o a todas as formalidades exigidas em Portugal para a sua validade; e só depois de cumprido é que podia fazer uso d'aquelle traslado

perante qualquer tribunal, juiz ou auctoridade de Portugal ou do Brazil. E como na convenção citada não está estabelecido praso para o pagamento da contribuição de registro, em um contracto de compra e venda celebrado perante aquelles funcionarios, a todo o tempo se pode fazer tal pagamento, e só é necessario que não se use do traslado sem o pagamento se effectuar.

Mas, como a consulta se deprehende que o contracto de compra e venda foi feito perante tabellião brasileiro, o caso não é regido pela disposição do citado artigo 10.º da convenção consular.

Todavia, sendo certo que a disposição do § 1.º do artigo 11.º da lei de 30 de junho de 1860, que manda pagar a contribuição de registro nas transmissões por titulo oneroso antes de celebrado o acto que a opera, sob pena de nullidade do acto, não pode applicar-se á hypothese da consulta, porque, devendo esta contribuição pagar-se em Portugal, no concelho ou bairro da situação dos bens (artigo 38.º § 6.º do regulamento de 30 de junho de 1870), não seria possível, na maior parte das vezes, pagar antes do contracto uma tal contribuição, o que obstaría ás transacções commerciaes e ás transmissões de propriedade, sem que o Estado lucrasse com isso; intendemos que por analogia do disposto no citado artigo 10.º da convenção consular pode o comprador, na hypothese da consulta, pagar ainda em Portugal a contribuição de registro pela compra e venda.

Consequentemente é nosso voto que, depois de legalisado o traslado do contracto perante o respectivo consul geral, consul, vice-consul ou agente consular de Portugal no Brazil, e na secretaria de Estado dos negocios estrangeiros em Portugal, deve Bento pagar o sello, a contribuição de registro pela compra e venda, e assim fica o traslado idoneo para fazer fé perante qualquer tribunal, juiz e auctoridade de Portugal ou do Brazil, podendo depois fazer o registro na conservatoria e tomar posse dos bens.

Para isto pode o comprador dos bens constituir procurador em Portugal, conferindo-lhe na procuração os poderes necessarios para taes actos.

Com esta resposta ficaram prejudicados os outros quesitos da consulta.

(*Revista de Leg. e de Jurispr.*, anno XVII, pag. 482).

Em o n.º 863, paginas 482 do 17.º volume d'esta *Revista*, respondemos affirmativamente a uma consulta, em que se perguntava, se, tendo dois subditos portuguezes feito no Brazil perante tabellião brasileiro um contracto de compra e venda de bens immobiliarios, sitos em Portugal, podia pagar-se a contribuição de registro n'este paiz depois de celebrado o contracto. A doutrina da nossa resposta é verdadeira, mas precisamos de fazer emquanto a ella uma rectificação e um additamento.

A rectificação é — que cessaram os effectos da convenção consular de 25 de fevereiro de 1876, ratificada pela carta de confirmação de 28 de abril

<sup>1</sup> Transcripta em o n.º 509, paginas 652 do 10.º anno d'esta *Revista*.

<sup>2</sup> Transcripta em o n.º 508, paginas 635 do 10.º anno d'esta *Revista*.

<sup>3</sup> Transcripta em o n.º 509, paginas 652 do 10.º anno d'esta *Revista*.

do mesmo anno, estando actualmente esta convenção substituida pelo decreto de 8 de novembro de 1851, promulgado no Brazil, como declarou o decreto de 3 de julho de 1884, publicado no *Diario do Governo* de 5 d'este mez e anno, n.º 149.

Mas, não obstante isto, os agentes consulares no Brazil podem *praticar todos os actos que geralmente são da competencia de tabellião*, nos quaes se comprehendem as escripturas de compra e venda entre subditos portuguezes, como se vê do artigo 15.º n.º 10.º, e artigo 36.º do regulamento consular de 26 de novembro de 1851, approved pela carta de lei de 1 de junho de 1853, e da tabella e formularios annexos a este mesmo regulamento<sup>1</sup>; devendo a assignatura d'estes agentes consulares ser reconhecida na secretaria de Estado dos negocios estrangeiros (artigo 161.º do citado regulamento).

O pagamento da contribuição de registro deve fazer-se depois da celebração do contracto, devendo declarar-se expressamente na occasião d'este, que fica suspenso o seu vigor até que no reino se paguem os direitos que segundo a sua natureza forem devidos, como declara d *Advertencia*, e se vê dos *Formularios* annexos ao citado regulamento consular de 26 de novembro de 1851.

Podem porem os subditos portuguezes celebrar qualquer acto juridico perante os tabelliães brasileiros, e apenas é necessario, para o traslado do documento fazer fê em juizo ou fóra d'elle, que seja legalisado pelo consul geral, consul ou vice-consul de Portugal competente, e sellado com o respectivo sello consular (artigo 169.º do citado regulamento); devendo a assignatura de qualquer d'estes agentes consulares ser reconhecida na secretaria de Estado dos negocios estrangeiros nos termos do artigo 161.º; e portanto não ha duvida de que os subditos portuguezes, a que se refere a consulta publicada em o n.º 863, paginas 482 do volume 17.º d'esta *Revista*, fizeram legalmente perante tabellião brasileiro o contracto de compra e venda de bens immobiliarios, sítos em Portugal, e só lhes cumpre legalisar o traslado do contracto pela forma acima dicta.

O additamento fundado no artigo 69.º do regulamento da contribuição de registro de 30 de junho de 1870, diz o seguinte:

« Quando se faça em paiz estrangeiro a escriptura de compra e venda de qualquer propriedade situada em territorio portuguez, a contribuição será liquidada sobre o preço da venda segundo o cambio da data do contracto. »

<sup>1</sup> Este regulamento acha-se transcripto na *Collecção de legislação* de 1851, paginas 445 e seguintes; mas os annexos e os formularios a que elle se refere estão a paginas 71 e seguintes do *Supplemento* a esta *Collecção*.

Ora, se a liquidação da contribuição de registro pela transmissão por compra e venda, feita em paiz estrangeiro, de bens immobiliarios, sítos em Portugal, se faz n'este reino sobre o cambio da *data do contracto*, é claro que é permitido pagar aquella contribuição depois da celebração do contracto. E como a lei não marca praso dentro do qual se ha de effectuar este pagamento, pode fazer-se a todo o tempo, comtanto porem que se não use do traslado da escriptura do contracto em juizo ou fóra d'elle sem pagar aquella contribuição<sup>1</sup>.

(*Revista de Leg. e de Jurisp.*, anno xvii, pag. 499).

**SUMMARY.** — Tendo-se procedido á divisão e partilha dos bens de um casal por effeito da separação de pessoas e bens, e sendo o casal composto de bens immobiliarios sítos no Brazil, a torna, que um dos conjuges tenha de dar ao outro, não está sujeita, no reino á contribuição de registro por titulo oneroso.

### Consulta

Gaudencio casou em Portugal com Felismina, e retirou-se em seguida para o Brazil, onde adquiriu importantes bens immobiliarios, situados n'aquelle imperio. Felismina intentou contra elle a acção de separação de pessoas e bens, que foi julgada procedente, dividindo-se os bens existentes por ambos os conjuges. Mas, compondo-se o casal commun d'aquelles bens immobiliarios sítos no Brazil, deseja saber-se, quanto á contribuição de registro, se está sujeita a ella por titulo oneroso, no reino, a torna que um dos conjuges fique a dar ao outro.

### Resposta

Em regra, só estão sujeitos á contribuição de registro em Portugal os actos que operam transmissão de propriedade, situada ou existente em territorio portuguez, tanto do continente e ilhas adjacentes, como do ultramar, ou a transmissão se verifique entre subditos portuguezes, ou entre subditos estrangeiros, ou entre estrangeiros e portuguezes (artigo 6.º do regulamento de 31 de março de 1887).

A meação dos conjuges nos bens do casal inventariado e partilhado,

<sup>1</sup> Vide a este respeito o accordão da relação de Lisboa de 22 de fevereiro de 1883, transcripto em o n.º 345, paginas 519 do 7.º anno d'esta *Revista*.



resultando do seu direito de condomínio, não constitue transmissão para o effeito da contribuição de registro (resolução do Supremo Tribunal Administrativo de 26 de fevereiro de 1885 <sup>1</sup>); mas, se em acto de divisão e partilhas se verifica alguma transmissão de propriedade immobiliaria por arrematação, licitação, accôrdo, transacção ou encabeçamento por sorteio, essa transmissão está sujeita á contribuição de registro por titulo oneroso em tudo que exceder o valor da quota parte do adquirente, que for com-proprietario ou co-herdeiro (artigo 3.º n.º 1.º do citado regulamento), e portanto, na hypothese da consulta, em tudo que exceder a meação do conjuge.

O conjuge, que ficar com mais bens do que a sua meação comporta, compensa o outro com tornas, e n'essa parte ha uma verdadeira compra e venda d'aquelles bens, por cuja transmissão é devida contribuição de registro por titulo oneroso, nos termos do citado artigo 3.º § 1.º do regulamento de 1887.

Mas, para que essa contribuição seja devida, é mistér que a propriedade assim transmittida esteja situada em territorio portuguez (citado artigo 6.º); e, como nos bens do casal, dividido e partilhado por effeito da acção de separação conjugal, todos os bens immobiliarios estão situados em territorio brasileiro, é claro que em Portugal não é devida contribuição de registro pelas tornas resultantes da partilha d'esses bens.

(*Revista de Leg. e de Jurispr.*, anno XXI, pag. 52).

**SUMMARY.** — Tendo casado em Portugal um estrangeiro com uma portugueza, na falta de convenção é applicavel ao regimen dos bens dos conjuges a lei da nacionalidade do marido; porem, se o casamento foi feito antes da promulgação do Codigo civil, é applicavel ao dicto regimen a lei do domicilio do marido.

### Consulta

Um allemão casou com uma portugueza em uma das nossas egrejas de Lisboa e segundo o rito catholico apostolico romano, sem que fizessem escriptura antenupcial. A portugueza morreu sem descendentes, e pretende agora o pai d'esta que se lhe entregue metade do casal. Terá o pai da falecida portugueza direito de receber o que pretende?

<sup>1</sup> Publicada no *Diario do Governo* de 20 de março, n.º 111, e no *Direito*, volume 19.º, n.º 3, paginas 44 a 46.

### Resposta

O Codigo civil no artigo 1407.º ordena o seguinte : « Se o casamento for contrahido em paiz estrangeiro entre portuguez e estrangeira, ou entre estrangeiro e portugueza, e nada declararem nem estipularem os contrahentes relativamente a seus bens, entender-se-á que casaram conforme o direito commum do paiz do conjuge varão, sem prejuizo do que se acha disposto n'este Codigo relativamente aos bens immoveis. »

Nem este artigo, nem qualquer outro do Codigo regula expressamente o caso de ser o casamento contrahido em Portugal entre portuguez e estrangeira, ou entre estrangeiro e portugueza; todavia, como é regulado pelo direito commum do paiz do conjuge varão o casamento contrahido em paiz estrangeiro entre portuguez e estrangeira, tambem deve ser regido pelo direito commum do paiz do conjuge varão o contrahido em Portugal entre portuguez e estrangeira, ou entre estrangeiro e portugueza. Mandando o Codigo seguir o direito commum do paiz do conjuge varão para regular as relações dos esposos relativas aos seus bens, quando em paiz estrangeiro casou portuguez com estrangeira, ou estrangeiro com portugueza, e nada se estipulou quanto ao regimen dos seus bens, rejeitou, em relação a este regimen, o principio territorial <sup>1</sup> — *locus regit actum*, sustentado por alguns escriptores de direito internacional privado, e tambem não admittiu como lei reguladora d'essas relações a do domicilio do marido, defendida por outros escriptores <sup>2</sup>; e portanto, na especie da consulta, não pode ser applicado ao casamento contrahido em Portugal entre allemão e portugueza e sem pactos antenupciaes, o direito civil portuguez, ainda que o allemão tivesse o seu domicilio n'este reino.

A conclusão, que deduzimos do artigo 1407.º do Codigo, acima transcripto, confirma-se com as disposições dos artigos 18.º n.º 6.º e 22.º n.º 4.º do mesmo Codigo, em que se adoptou a regra de a mulher seguir a nacionalidade do marido, devendo assim, na falta de estipulação, serem reguladas as relações entre os esposos pela lei do paiz de que são cidadãos.

Esta é tambem a doutrina dos distinctos jurisconsultos estrangeiros, Brocher <sup>3</sup> e Pasquale Fiore <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Dalloz, *Contrat de mariage (Jurisprudence générale)*, n.º 206.

<sup>2</sup> Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, liv. 1.º, § 127.º, n.º 5, e nota (b), Cabedo, dec. 165, Valasco, cons. 138, n.º 8.º

<sup>3</sup> *Nouveau traité de droit international privé*, Paris, 1876, liv. 2.º, cap. 3.º

<sup>4</sup> *Droit international privé, traduit de l'italien*, par Pradiér, Paris. 1875, liv. 2.º, cap. 7.º

Porem, se o casamento a que respeita a consulta foi feito antes da promulgação do Código civil, tempo em que era geralmente seguida entre nós a opinião de que taes relações deviam ser reguladas pela lei do domicílio do marido, deve o caso sujeito ser regulado por esta lei <sup>1</sup>.

Applicando á hypothese sujeita a doutrina acima exposta, é nossa opinião que, se o casamento foi celebrado antes da execução do Código civil, e se o marido estava domiciliado em Portugal, o pai da mulher fallecida tem direito a metade dos bens do casal, visto que o casamento foi celebrado segundo o costume do reino.

Porem, se o casamento foi contrahido depois da execução do Código civil, deve o regimen dos bens dos conjugues ser regulado pelo direito da nacionalidade do marido; e assim o pai da mulher fallecida terá, enquanto aquelles bens, o direito que lhe conceder a legislação de tal nacionalidade.

(*Revista de Leg. e de Jurispr.*, anno XII, pag. 501).

A doutrina da *Revista*, na parte em que prefere a lei allemã para a determinação do regimen matrimonial d'um allemão que se casou em Lisboa com uma portugueza, foi por nós adoptada, tambem, em o n.º 124 d'este trabalho.

Mas a affirmação d'este principio não é bastante para a solução da duvida proposta.

É, com effeito, á face da lei allemã que terá de fixar-se a parte que nos bens do casal pertence aos herdeiros legitimos da fallecida; mas importa agora averiguar quaes esses herdeiros sejam.

Como se sabe, a ordem legal da successão differe de uns para outros paizes, e tem, por isso, grande importancia a tão debatida questão de saber qual a lei que deve ser preferida para regular a successão *ab intestato*.

Diversas tem sido as opiniões apresentadas; mas a tendencia dos escriptores e das diversas legislações é hoje favoravel á lei nacional do fallecido. Entre nós foi tambem esta doutrina perfilhada á face do Código civil, pela *Associação dos Advogados de Lisboa* (vide pag. 61 nota 1), e com ella concordamos.

Á face d'estes principios, deve attender-se egualmente á lei allemã, que assigna a lei nacional da mulher desde o seu casamento, para determinar se o conjugue sobrevivente tem prioridade na ordem successoria sobre o pae do conjugue fallecido.

## Accordão da Relação de Lisboa

(24 de maio, 1876)

SUMMARY: — O patrio poder é regulado pela lei nacional do filho.

.....  
Além d'isto achando-se o dito menor, cidadão brasileiro, sujeito nas relações com seu tutor, e mãe, ás leis do seu paiz, e tendo vindo a Portugal para se educar e instruir, por ordem d'aquelle seu tutor, carecia a auctoridade judicial d'este reino, de jurisdicção para de officio, e até sem audiencia do mencionado tutor, retirar de seu poder e administração o dito menor, e sujeital-o n'esta qualidade ao poder e administração d'outra pessoa qualquer, com fundamento na legislação civil d'este reino. ....

(*Direito*, anno IX, pag. 30).

A doutrina d'este Accordão foi por nós tambem sustentada em os n.ºs 119 e 120. A mãe do menor, que era brasileira naturalisou-se portugueza, e n'esta qualidade pedia que o filho fosse tirado da tutella que no Brazil lhe fora nomeada, por lhe pertencer a ella o patrio poder, nos termos do nosso Código civil.

A Relação affirmou que a lei portugueza não podia ser invocada para regular a hypothese, por ser extrangeiro o menor; negando tambem competencia aos tribunaes portuguezes para conhecerem da questão.



<sup>1</sup> Veja-se *Borges Carneiro* no logar citado e os escriptores por elle citados.

# INDICE

## INTRODUÇÃO

	Pag.
§ 1.º — Noção e fundamento do Direito internacional privado (n.ºs 1 a 5) . . . . .	9-14
§ 2.º — Da lei applicavel ás relações juridicas internacionais (n.ºs 6 a 26) . . . . .	15-36

## PARTE 1.ª

### Dos principios

#### CAPITULO 1.º

Do estado e da capacidade civil (n.ºs 27 a 40) . . . . .	37-50
--	-------

#### CAPITULO 2.º

Das cousas (n.ºs 41 a 63) . . . . .	51-73
-------------------------------------	-------

#### CAPITULO 3.º

Da forma externa dos actos (n.ºs 64 a 82) . . . . .	75-92
---	-------

## PARTE 2.ª

### Das applicações

#### CAPITULO 1.º

#### Do casamento

Razão d'ordem (n.º 83) . . . . .	95
----------------------------------	----

SECÇÃO 1.<sup>a</sup>

## Do casamento pelo que respeita às pessoas

	Pag.
§ 1.º — Da capacidade dos contrahentes (n.ºs 84 a 98) .	96—111
§ 2.º — Da forma externa do casamento (n.ºs 99 a 104) .	112—115
§ 3.º — Dos efeitos do matrimonio (n.ºs 105 a 120) . . .	116—129
<i>a) Relações reciprocas dos conjuges</i> (n.ºs 109 a 116) .	118
<i>b) Relações entre paes e filhos:</i>	
α) Do estado de filho (n.ºs 117 e 118) . . . . .	125
β) Do patrio poder (n.º 119) . . . . .	127
<i>c) Da tutela e curatella</i> (n.º 120) . . . . .	128
§ 4.º — Do termo da sociedade conjugal (n.º 121) . . .	130—131

SECÇÃO 2.<sup>a</sup>

Do casamento pelo que respeita aos bens (n.ºs 122 a 126) . .	132—135
--	---------

Appendice. . . . .	139—165
--------------------	---------



Do mesmo auctor:

## ESTUDOS SOBRE O CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

### I

#### Das substituições fideicommissarias

(Coimbra, 1894): 4 vol. .... 500 reis

### II

#### Das relações civis internacionaes

(Coimbra, 1894): 4 vol. .... 500 reis

### III

#### Das servidões (Em preparação)

. Na livraria Portuguesa e Estrangeira de Manuel d'Almeida Cabral - Coimbra.