

TRATADO ELEMENTAR

(TEÓRICO E PRÁTICO)

DE

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

ÁLVARO DA COSTA MACHADO VILLELA
PROFESSOR DA FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA

TRATADO ELEMENTAR

(TEÓRICO E PRÁTICO)

DE

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

LIVRO I

PRINCÍPIOS GERAIS



PREFÁCIO

Cêrca de vinte anos de ensino, a leitura de livros doutrinai e a análise directa das fontes do direito internacional privado, proporcionaram-nos a reunião de um conjunto de factos e de ideas, cuja publicação nos pareceu útil às letras jurídicas portuguezas, dada a escassez de livros nacionais sôbre aquele ramo de direito.

Num país de literatura jurídica abundante sôbre o assunto, o trabalho que damos à publicidade não teria talvez razão de ser. Em Portugal, porém, onde não existe uma obra de conjunto sôbre o direito internacional privado, onde as monografias sôbre a matéria são pouco numerosas, e já antigas, pois a mais nova ⁽¹⁾ tem para cima de vinte anos, onde a imprensa jurídica raras vezes versa os problemas daquele direito, e onde aliás o número de questões práticas se vai tornando cada vez mais considerável, a publicação de um tratado elementar, que esboce os problemas, aproxime alguns elementos de estudo, indicando correntes doutrinai, reunindo textos de lei e apontando arestos dos tribunai, e formule uma solução, terá, certamente, a vantagem de constituir uma informação para quem, não sendo especialista, precise de estudar questões de direito relativas às relações internacionais de carácter privado, e de provocar da crítica jurídica a análise dos problemas oferecidos à sua apreciação. A convicção dessa dupla vantagem determinou-nos a dar à estampa a obra de que, por agora, aparece o volume primeiro.

Este volume tem o título de Princípios gerais e nele se traçam, em quatro capítulos, as linhas fundamentais que

⁽¹⁾ Dr. J. Alberto dos Reis, Das sucessões no direito internacional privado, Coimbra, 1899.

dominam os problemas do direito internacional privado, com o autor o entende.

No primeiro capítulo, estuda-se, sob a rubrica — Direito objectivo —, a teoria geral da regra de direito internacional privado, no seu conteúdo, nas suas fontes, na sua natureza, na sua aplicação e na sua evolução formal, procurando pôr-se em relêvo porque apareceram, como se constituem, que valor têm, como se realizam e como progridem as regras de direito por que se organiza a protecção jurídica dos individuos que exercem a sua actividade para além das fronteiras do país que lhes foi berço.

No segundo capítulo, sob a inscrição — Direitos dos estrangeiros —, aparece a teoria da nacionalidade, como processo da diferenciação entre nacionais e estrangeiros, e analisa-se, na sua origem e na sua organização, o principio do reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros, como principio dominante da condição jurídica dos individuos fora do seu país natal, pondo-se particular cuidado em verificar como o principio aparece concretizado nas leis portuguesas. Igualmente nesse capítulo se procura esboçar o regime da condição jurídica internacional das pessoas colectivas, cuja acção internacional é cada vez mais relevante, suscitando problemas jurídicos do maior interesse e da maior importância. Também aí mereceu particular atenção o modo de ser do direito português.

No terceiro capítulo, intitulado — Principio fundamental de determinação da lei applicável às relações jurídicas, para o efeito da resolução dos conflitos de leis —, analisa-se o problema capital do direito internacional privado, indicando, na sua fórmula, nas suas revelações, na sua evolução e na sua organização, o principio do reconhecimento do valor, efficácia e applicabilidade das leis estrangeiras, o qual, em nosso critério, domina o problema; e, por isso, o estudamos com o desenvolvimento que sempre merece o principio que exerce o papel preponderante na organização de uma disciplina jurídica.

No estudo que fizemos do principio, destaca-se, pelas proporções que lhe damos, a parte respeitante à sua evolução doutrinal e legal e, sobretudo, à sua organização.

A solução que formulamos do problema dos conflitos de leis assenta sempre na observação dos factos, como as produziram as exigências da vida internacional, como os elaboraram as doutrinas fundamentais e como os traduziram o costume internacional, as leis internas ou os tratados normativos, e, por isso, não podia a mesma solução deixar de ser precedida do estudo das doutrinas fundamentais, e das fontes do direito positivo nos seus preceitos típicos, onde quer que estes apparecessem — no costume, nas leis internas ou nos tratados.

Foi, com efeito, na análise das doutrinas e do direito positivo, na sua formação histórica, que colhemos os elementos de organização do principio, entre os quais avulta a classificação das leis, para o efeito da resolução dos seus conflitos, em — leis de competência personalizada — cuja competência se determina pela nacionalidade das pessoas e que as acompanham onde quer que elas se encontrem, como são, v. g., as leis relativas ao estado e capacidade das pessoas, — leis de competência localizada, cuja competência se determina pela sua vigência num determinado lugar e que devem applicar-se aos factos que se verificarem nesse lugar, onde quer que elles sejam apreciados, v. g., as leis relativas aos bens imóveis, — leis de competência voluntária, cuja applicação depende da vontade das partes, v. g., as leis relativas aos effectos voluntários do testamento, — e leis de ordem pública internacional, que são as leis-limite da applicação das leis estrangeiras declaradas, em principio, competentes para regular as relações jurídicas, classificação que constitui, segundo pensamos, a chave da resolução dos conflitos de leis, o que é motivo bastante para justificar o lugar de honra que lhe damos na contextura do nosso trabalho, e para desde já chamarmos para ella a atenção do leitor. Nem o estudo que fazemos da classificação das leis é meramente especulativo. É um estudo todo baseado sobre doutrinas e textos, merecendo os textos do direito português especial referência, sendo muitas vezes interpretados e procurando-se completá-los, segundo os principios a que parece ter obedecido o legislador.

No quarto e último capítulo, sob a designação — Reconhecimento dos direitos adquiridos em país estrangeiro —, analisamos o problema do valor que podem ter num país os direitos adquiridos em outro país, procurando demonstrar que o domina o principio do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos, o terceiro principio que as exigências da vida internacional impuseram à vontade e à conduta dos Estados. Damos lugar nesse capítulo ao estudo do valor das sentenças de tribunais estrangeiros, estudo do maior interesse teórico e da maior utilidade prática, no qual procuramos attribuir ao direito português toda a importância que merece, pela sua frequente applicação e pelas difficuldades que ainda suscita a indeterminação de algumas das suas regras.

Fica assim esboçada a estrutura geral do sistema de organização em que enquadrámos os factos e as ideas de cuja acção mútua resultou a formação progressiva do direito internacional privado.

Três problemas — direitos dos estrangeiros, lei competente para regular o exercicio desses direitos, valor dos direitos adquiridos em país estrangeiro, dominados por três principios — reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros, reconhecimento do valor, efficácia e applicabili-

dade das leis estrangeiras, reconhecimento internacional dos direitos adquiridos, tal é o sistema a que subordinamos a análise dos factos e a crítica das ideas que constituem o campo de observação e de estudo do direito internacional privado. Dentro dêsse sistema, procuramos formular os principios gerais que dominam todas as questões que constituem objecto daquele direito, e dentro dele procuraremos fazer a applicação dos mesmos principios ao regime jurídico internacional, primeiro, dos elementos da relação jurídica em geral — sujeito, objecto, facto jurídico e garantia, e, depois, das instituições do direito privado — direitos de família, direitos de successão, direitos reais e direitos de crédito, o que constituirá objecto do segundo volume do presente tratado.

No estudo dos principios gerais ou no estudo do regime jurídico internacional, quer dos elementos da relação jurídica, quer das instituições do direito privado, há de verificar o leitor, uma vez ou outra, que as ideas por nós agora seguidas são diferentes, se não opostas às que seguimos em trabalhos anteriores. A mudança foi o produto da influencia do tempo e da reflexão, os quais não passam debalde sobre a intelligência humana. E fazemos esta nota, para que a differença se attribua a um propósito e não a um esquecimento.

E a crítica que fizemos às nossas ideas passadas, queríamos que os estudiosos a fizessem às ideas que formulamos nas páginas que seguem, em prol dos progressos da sciência jurídica portuguesa.

Coimbra, Junho de 1921.

A. Machado Villela.

LIVRO I

PRINCIPIOS GERAIS

CAPÍTULO I

Direito objectivo

§ I

Objecto e noção do direito internacional privado

SUMÁRIO. 1 — Revelação dos problemas do direito internacional privado. 2 — Fórmula jurídica desses problemas: direitos dos estrangeiros; conflitos de leis; reconhecimento dos direitos adquiridos em país estrangeiro ou declarados por sentenças de tribunais estrangeiros. 3 — Os três problemas enunciados como objecto do direito internacional privado. 4 — Diferenciação dos mesmos problemas. 5 — Noção do direito internacional privado. 6 — Crítica do conceito do direito internacional privado como o *direito privado da comunidade jurídica do género humano*.

1 — A divisão da humanidade em Estados independentes com leis próprias e as causas que determinaram e progressivamente multiplicaram as relações internacionais, produziram naturalmente o aparecimento de regras de direito disciplinadoras dessas relações, quer a vida internacional fôsse provocada pelos interesses gerais dos povos, quer o fôsse pelos interesses particulares dos indivíduos que os constituem. E assim se formou o *direito internacional* nas suas duas manifestações de — *direito internacional público*, ou o regime jurídico das relações dos Estados no que respeita aos seus interesses gerais de colectividades nacionais, e de — *direito internacional privado*, ou o regime jurídico das relações internacionais que respeitam aos interesses dos indivíduos considerados como simples particulares, o qual vai constituir objecto do nosso estudo.

As exigências materiais ou as necessidades do espírito originaram, entre os diferentes Estados, a formação de *correntes migratórias* e a aparição das *trocas internacionais*, tendo estes fenómenos aumentado sucessivamente de intensidade à medida que as comunicações se tornaram mais fáceis e se foram nivelando a cultura e a civilização dos povos.

O que são e o que valem aqueles dois factos no estado actual da humanidade dizem-no expressivamente as estatísticas que indicam, com aproximação, o número dos estrangeiros que existem nos diferentes países e a cifra do comércio internacional.

Não podemos apresentar a estatística exacta dos estrangeiros que vivem em todos os Estados do mundo, mas, sendo certo que, em 1911, nos quinze Estados — Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Espanha, Estados Unidos, França, Holanda, Hungria, Itália, Portugal, Rumania, Rússia da Europa, Sérvia e Suíça — o número de estrangeiros era de cerca de 19 milhões, não será exagêro afirmar que o seu número em todos os países do mundo não deve ser inferior a 25 milhões (1).

Se a estes vinte e cinco milhões acrescentarmos os indivíduos que constantemente visitam países estrangeiros, em viagem de recreio, de estudo ou de negócios, cuja estatística nem existe nem é fácil de organizar, mas cujo número poderemos calcular no mínimo de 5 milhões, teremos a cifra de 50 milhões, que representa a população de um grande Estado.

O comércio externo do mundo atingiu em 1914 a cifra formidável de 220 bilhões de francos, ou sejam cerca de 44 milhões de contos, dando ao franco o valor de vinte centavos (2).

É assim enorme o número de pessoas e de negócios que escapam às fronteiras políticas dos Estados e determinam a existência de facto, no seio dos mesmos Estados, de uma grande comunidade internacional de indivíduos, produzida pelas necessidades da vida moderna, às quais procura dar satisfação. Com efeito, por virtude da emigração, vivem em cada Estado indivíduos de todas as nacionalidades e, por virtude das trocas internacionais, indivíduos de um Estado estão relacionados com indivíduos de todos os outros Estados, de modo que, apesar das fronteiras políticas das nações, há muitos milhões de indivíduos que ou vivem fóra do seu país ou estão economicamente relacionados com indivíduos de outros países.

Dois grandes factos, pois, — a emigração e as trocas internacionais — se produziram como fenómenos iminentes à vida progressiva da humanidade, e da sua existência devia resultar naturalmente a aparição da necessidade de novas formas de protecção jurídica, que, a um tempo, garantissem a segurança da pessoa e dos bens dos indivíduos que vivem fora do seu país e dessem eficácia às relações formadas entre os indivíduos dos diferentes países. Mais uma vez ia manifestar-se a verdade

(1) Vide: Jean Birot, *Statistique annuelle de géographie humaine comparée*, 1912, pág. 1 e seg., e 1913, pág. 1 e seg.; *Statistical abstract of the United States*, 1913, pág. 416; Roberts, *The new immigration*, pág. 326; Anuario Estadístico de España, 1913, pág. 352; Censo da população de Portugal em 1911, 1.º pág. 368 e 369.

(2) Ch. Gide, *Economie politique*, vol. II, pág. 1.

da fórmula clássica que liga a formação do direito à realidade dos factos — *ex factis oritur jus*, e ia ser posta em relêvo a verdade do principio *ubi societas ibi jus*, que, no belo dizer de Ardigò, significa que a justiça é a força específica da organização social (1).

Em verdade, os dois grandes factos da emigração e das trocas internacionais, trazendo como resultante a formação da comunidade internacional dos indivíduos, deviam determinar a formação concomitante de regras de direito que regulassem e garantissem as relações sociais constitutivas dessa nova forma de comunidade humana. E qual deveria ser a função prática do direito na regulamentação e na garantia desta nova esfera da vida social?

2 — Os dois factos da emigração e das trocas internacionais reduzem-se elementarmente a isto: existência num Estado de indivíduos pertencentes a outro Estado; contratos celebrados ou entre cidadãos de um Estado e cidadãos de outro Estado, conservando-se cada um dos contratantes dentro do seu país, ou entre cidadãos do mesmo Estado, mas estando uns dentro do país e estando outros em país estrangeiro, ou ainda entre indivíduos que se encontram no mesmo ou em diferentes Estados e que são estrangeiros relativamente a êsses Estados.

Sendo assim e supondo, por exemplo, que se encontra em Portugal um espanhol, uma primeira questão aparece, e é se êsse espanhol tem no nosso país a *capacidade de gôzo de direitos*, que o nosso Código civil designa *capacidade jurídica*. Concretizando e referindo-nos ao direito privado, a questão consiste em saber se o mesmo espanhol poderá constituir relações jurídico-privadas, e portanto se poderá constituir direitos de crédito, constituir e exercer direitos reais, constituir legitimamente a família e adquirir e transmitir bens por sucessão.

Supondo ainda que um comerciante inglês, estabelecido em Londres, contrata com um comerciante português, estabelecido em Lisboa, um fornecimento de mercadorias, aparece a questão se ao comerciante inglês deve ser reconhecido o direito de contratar e se, por isso, pode ser reconhecido valor jurídico ao contrato por ele feito com o comerciante português.

A primeira questão jurídica suscitada pela existência de estrangeiros dentro do território do Estado ou pelos contratos por que se realizam as trocas internacionais é, pois, — se aos estrangeiros é reconhecido o gôzo de direitos e qual é a medida dêsses direitos, isto é, a questão dos *direitos dos estrangeiros*.

Uma vez resolvida afirmativamente esta questão, um novo problema aparece. Os direitos são poderes reconhecidos pela

(1) Ardigò, *Sociologia*, pág. 95.

ordem jurídica, êsses poderes só são úteis quando exercidos, e o seu exercício só pode merecer protecção jurídica quando realizado em harmonia com a lei. Por isso, se direitos são concedidos aos estrangeiros, cumpre certamente verificar, sempre que êles pretendam exercê-los, qual a lei que há de presidir ao seu exercício, se a lei do país onde o direito é exercido, se a lei do país a que o estrangeiro pertence, ou qualquer outra lei. Assim, se um espanhol viver em Portugal, se a lei portuguesa reconhecer aos estrangeiros o direito de testar e se efectivamente o espanhol quiser fazer testamento, o exercício do direito de testar determina a *concorrência* da lei portuguesa, como lei do lugar do exercício do direito, e da lei espanhola, como lei do país do testador, relativamente à regulamentação do exercício do mesmo direito de testar, tornando-se necessário determinar qual das duas leis em concorrência é *competente* para presidir à celebração do testamento, quer quanto à capacidade testamentária, quer quanto às condições da manifestação da vontade do testador, para que o testamento produza efeitos jurídicos. Do mesmo modo, se um comerciante inglês realizar um contrato com um comerciante português, aparecem em concorrência a lei inglesa e a lei portuguesa relativamente ao exercício do direito de constituir obrigações convencionais, importando decidir qual das duas leis é competente para o efeito. E a mesma questão aparece sempre que o exercício de um direito, quer por virtude da nacionalidade de quem o exerce, quer por virtude do lugar onde é exercido, quer por virtude de qualquer outra circunstância, se relaciona com leis diferentes, põe estas leis em concorrência e exige a determinação da lei competente para o regular.

A êste problema dá-se correntemente a designação de *conflitos de leis*, pelo facto de as leis de dois ou mais Estados se encontrarem em concorrência para a regulamentação de uma relação jurídica ou de algum dos seus elementos, e de, por assim dizer, entre si disputarem a *competência* para definir o regime da mesma relação jurídica.

Mas, determinada a lei que deve regular o exercício dos direitos concedidos aos estrangeiros e cada um dos elementos das relações jurídicas pelos mesmos estrangeiros constituídas, não fica ainda esgotada a missão prática do direito na esfera de acção para que o chamam os factos elementares da emigração e das trocas internacionais. Depois de um individuo ter constituído uma relação jurídica num determinado país, bem pode êle, ou os seus representantes, querer fazer valer essa relação jurídica em outro país, acontecendo até que muitas vezes a relação jurídica é constituída num país para produzir efeitos noutro país. Assim, bem pode suceder: que um português faça com um brasileiro, no Rio de Janeiro, um contrato de empréstimo, que o devedor venha residir em Portugal e que o credor queira demandá-lo perante um tribunal português; que um

inglês contraia casamento em Portugal, depois vá estabelecer-se em Londres e lá pretenda exercer direitos de pai ou de marido; ou que um português faça testamento em Paris, encontrando-se os bens em Portugal e precisando os herdeiros de executar cá o testamento. Em cada uma destas hipóteses se pergunta naturalmente — que valor pode ter em Portugal o contrato de empréstimo feito no Rio de Janeiro; que valor pode ter em Inglaterra o casamento celebrado em Portugal, e que valor pode ter no nosso país um testamento feito em França. E dêste modo, a análise jurídica descobre, também naturalmente, um terceiro problema, que pode formular-se nestes termos: que valor hão de ter num país os actos praticados e os direitos adquiridos em país estrangeiro?

E ainda a análise jurídica encontra uma nova variante dêste último problema. Quando o estrangeiro é admitido num determinado país ao gozo e ao exercício de direitos privados, é logicamente admitido também a recorrer aos tribunais dêsse país para fazer valer os direitos que lhe são reconhecidos. Se a decisão do tribunal lhe é favorável, o direito em litígio fica *declarado judicialmente* e pode o seu titular pretender que a sentença seja executada ou produza efeitos num país diferente daquele em que foi proferida. Pode, por exemplo, suceder que um português intente contra outro português uma acção de obrigação no Rio de Janeiro, que os bens do réu, condenado, se encontrem em Portugal, e que o autor, vencedor, pretenda executar aqui a sentença, para se pagar pelo produto da venda dos bens do réu, vencido. E assim aparece a questão sôbre se podem produzir efeitos em Portugal as sentenças proferidas por tribunais estrangeiros e, de um modo geral, a questão sôbre qual seja num país o valor dum direito declarado por sentença proferida por tribunal estrangeiro.

O terceiro problema jurídico criado pela emigração e pelas trocas internacionais reveste, pois, esta fórmula geral: *valor dos direitos adquiridos, ou declarados por sentença, em país estrangeiro*.

3 — A observação estatística e a análise jurídica dos resultados da emigração e das trocas internacionais põem assim em relêvo três problemas cuja solução interessa evidentemente às relações dos Estados civilizados: a) O *problema dos direitos dos estrangeiros*, que tem por conteúdo determinar se lhes devem ser reconhecidos direitos e, no caso afirmativo, dentro de que medida; b) o *problema dos conflitos de leis*, em cujo estudo se procura determinar a lei aplicável para regular as relações jurídicas de direito privado; c) o *problema do valor dos direitos adquiridos ou declarados por sentença em país estrangeiro*, cuja solução tende a estabelecer se, e em que termos, pode ser admitido o reconhecimento internacional dos

direitos adquiridos e o reconhecimento internacional dos julgamentos.

E são estes três problemas que, em nosso critério, constituem o objecto do direito internacional privado, ao qual cabe definir os direitos dos estrangeiros, regular a resolução dos conflitos de leis e determinar o valor dos direitos adquiridos, ou declarados por sentença, em país estrangeiro.

Importa, porém, observar que nem todos os escritores assim delimitam o objecto do direito internacional privado.

Internacionalistas há que restringem o campo de acção d'êste direito ao problema dos conflitos de leis, quer estudando apenas êste problema, sem fazer referência ao problema dos direitos dos estrangeiros nem ao problema do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos, como acontece com Westlake (1) e Díeey, (2) quer considerando o problema dos direitos dos estrangeiros como tendo um conteúdo essencialmente diverso do do problema dos conflitos de leis e por isso sendo naturalmente estranho ao objecto do direito internacional privado, ao qual cabe resolver êste último problema, como pensam Zittelmann (3) e Kahn (4), quer aceitando êste último ponto de vista, mas versando, em todo o caso, o problema dos direitos dos estrangeiros como um *pressuposto* do problema dos conflitos de leis, como sucede com Anzilotti (5), quer procurando mostrar, como fazem Kahn (6) e Diena (7), por um lado, que o problema da condição dos estrangeiros não entra no quadro do direito internacional privado e, por outro lado, que o problema do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos é uma *simples forma* do problema dos conflitos de leis, por se reduzir, segundo afirmam, a apreciar uma questão de conflitos de leis num momento já passado, por isso que decidir se deve ser ou não reconhecido um direito adquirido em país estrangeiro é verificar, fundamentalmente, se o direito foi adquirido em harmonia com a lei competente para o regular (8).

(1) *International private law*, 5.ª ed., London, 1912.

(2) *A digest of the law of England with reference to the conflict of laws*, 2.ª ed., London, 1908.

(3) *Internationales Privatrecht*, Leipzig, 1897, I, pág. 256.

(4) *Ueber Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts*, Iena, 1899, pág. 11 e seg.

(5) *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905, pág. 124, nota (1); *Corso di lezioni di diritto internazionale (Diritto privato)*, Roma, 1919, pág. 3, 4 e 62.

(6) *Ob. cit.*, pág. 17, nota (1).

(7) *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1908, n.ºs 40 e 42; *Diritto internazionale privato*, Napoli, 1910, n.ºs 95 e 105.

(8) A identificação do problema do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos com o problema dos conflitos de leis é também defendida por Cavagliero no opúsculo *La teoria dei diritti acquisiti in due recenti opere di diritto internazionale privato*, Pisa, 1905, pág. 58 e seg.

Uma outra corrente de internacionalistas faz entrar na esfera de acção do direito internacional privado os dois problemas dos direitos dos estrangeiros e dos conflitos de leis, mas ainda não estabelece a independência científica do problema do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos. A esta corrente pertencem aqueles escritores que expressamente declaram, como Rolin, (1) que o direito internacional privado compreende a condição dos estrangeiros e os conflitos de leis, e aqueles que, dizendo embora que o objecto *próprio* do direito internacional privado é o problema dos conflitos de leis, precedem o estudo d'êste problema do estudo do problema da condição dos estrangeiros, como fazem Despagnet, (2) Weiss, (3) Audinet e (4) Arthuys et Surville, (5).

Uma terceira corrente, iniciada por Lainé, (6) seguida decididamente por Pillet (7) e, depois d'êle, adoptada por De Boeck (8) e Clóvis Beviláqua (9) considera como constituindo objecto do direito internacional privado os três problemas da condição dos estrangeiros, dos conflitos de leis e do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos, assim como considera que todos êsses problemas são autónomos e autonomamente devem ser estudados.

É esta a doutrina que mais se impõe ao nosso espírito e é por ela que delimitamos o objecto do direito internacional privado. Entendemos que constituem o conteúdo d'êste direito os três problemas apontados e que todos êles são independentes entre si.

Como é fácil de vêr, a questão reveste dois aspectos, referente um à esfera de acção do direito internacional privado, relativo o outro à organização interna d'êste direito. Consideraremos separadamente cada um dos aspectos da questão.

Começando pela esfera de acção do direito internacional privado, parece-nos evidente que, admitindo-se a existência independente d'êste direito e atribuindo-se-lhe como objecto o problema dos conflitos de leis, seu objecto deve ser também o problema dos direitos dos estrangeiros quando considerados como simples particulares. Uma consideração muito simples nos revela decisivamente essa evidência.

(1) *Principes du droit international privé*, I, 1897, pag. 3 e seg.

(2) *Précis de droit international privé*, n.ºs 7 e 22 a 85.

(3) *Traité théorique et pratique de droit international privé*, tomo II, e III pr.

(4) *Principes élémentaires de droit international privé*, n.ºs 2 e 164 a 252.

(5) *Cours élémentaire de droit international privé*, n.ºs 6 e 109 a 158.

(6) *Introduction au droit international privé*, I, pág. 14 e seg.

(7) *Principes de droit international privé*, pág. 14 e seg.

(8) *Précis de droit international privé*, por Despagnet e de Boeck, n.º 7, nota (1).

(9) *Principios elementares de direito internacional privado*, pag. 89.

As regras de conflitos determinam a lei competente para regular o exercício dos direitos reconhecidos aos estrangeiros; ora é manifesto que, se é de direito internacional privado a regra que determina a lei competente para regular o exercício de um determinado direito, o direito de contratar por exemplo, também deve ser de direito internacional privado a regra de direito que manda conceder ao estrangeiro o direito de contratar, pois é certo que não podem considerar-se fundamentalmente diferentes o direito *reconhecido* e o direito *exercido*. De duas, uma: ou não há direito internacional privado ou, se o há e abrange o problema dos conflitos de leis, abrange fatalmente também o problema da condição dos estrangeiros. O contrário daria o claro absurdo de integrar em ramos de direito diferentes o preceito que reconhece aos estrangeiros determinados direitos e o preceito que manda regular os mesmos direitos por certas e determinadas leis. Deve, com efeito, considerar-se matéria elementar, em ciência jurídica, que entram no mesmo sistema de regras de direito o preceito que reconhece um poder jurídico e o que disciplina o seu exercício. É inconciliável, por exemplo, que o direito privado reconhece o gozo e regula o exercício dos direitos privados, e que o direito político reconhece o gozo e disciplina o exercício dos direitos políticos. É que o direito em potência e o direito em acção é sempre o mesmo direito, não podendo scindir-se os dois aspectos até o ponto de submeter o regime de cada um a um sistema diferente de regras de direito. Mas, se isto é assim a respeito do direito privado e do direito político, não pode deixar de ser assim a respeito do direito internacional privado. Se a este direito cabe indicar a lei reguladora dos poderes jurídicos reconhecidos aos estrangeiros, igualmente lhe deve caber determinar quais sejam esses poderes jurídicos. É uma necessidade lógica que assim o exige.

É notável que a afinidade lógica dos dois problemas dos direitos dos estrangeiros e dos conflitos de leis corresponde, no momento actual, o modo de ser do direito positivo a seu respeito.

Em verdade, as regras de direito que regulam um e outro problema, se num ponto ou noutro já são regras de direito internacional propriamente dito, isto é, regras de direito formuladas pela vontade colectiva dos Estados, na sua maior parte são, como veremos, regras de direito interno sobre matéria internacional, constituindo, na linguagem de Triepel, *direito interno internacional* ⁽¹⁾.

De modo que os dois problemas não só se associam naturalmente por um ser a *seqüência lógica* do outro, atraindo-se

mútua e irrecusavelmente, mas associam-se *históricamente* na forma por que hoje se apresentam na evolução jurídica sob o ponto de vista das fontes donde emanam as regras de direito que os disciplinam.

Referindo-nos ao segundo aspecto da questão da determinação do conteúdo objectivo do direito internacional privado, isto é, à questão sobre se o problema do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos é um problema autónomo ou se é um problema redutível ao problema dos conflitos de leis, devemos observar que não temos neste momento elementos suficientes para a discutir. Só depois de estudarmos o problema dos conflitos de leis e de determinarmos o conteúdo do problema do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos, estaremos habilitados a discutir e a resolver com segurança a delicada questão. Por agora, limitar-nos hemos a dizer que consideramos o problema do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos como um problema autónomo e apenas empiricamente tentaremos diferenciá-lo do problema dos conflitos de leis ⁽¹⁾.

4 — Dentro da ordem jurídica, pode o indivíduo ser considerado com o poder objectivo de exercer uma faculdade reconhecida pela lei, a faculdade, por exemplo, de realizar contratos de compra e venda; pode ser considerado no momento de exercer essa faculdade, comprando, por exemplo, um prédio rústico ou urbano e assim constituindo, por um lado, uma

(1) Ao lado dos *conflitos de leis*, provocam as relações internacionais *conflitos de jurisdições*, os quais têm lugar nos casos em que é necessária a intervenção da autoridade administrativa ou judiciária para constituir ou defender uma relação jurídica e esta se encontra em contacto, por algum elemento pessoal ou real, com as jurisdições de diferentes Estados. Assim, supunhamos que é necessário tornar efectivo, mediante acção judiciária, um direito de crédito constituído por um contrato celebrado num país e executível em outro país, encontrando-se o devedor domiciliado num terceiro país. Como é evidente, importa determinar o tribunal competente para conhecer da acção, o que envolve a questão de determinar quais sejam, dos tribunais dos três países, os que têm *jurisdição* para conhecer da mesma acção.

E, o que se diz das questões de obrigação, diz-se das questões de estado das pessoas e das questões sobre direitos reais, sobre direitos de família e sobre direitos de successão.

E nem só as acções judiciárias dão lugar a conflitos de jurisdições. Estes conflitos aparecem sempre que o exercício de um direito, que supõe a intervenção da autoridade pública, se relaciona, por algum elemento pessoal ou real, com a jurisdição das autoridades dos diferentes países, o que pode acontecer com os actos notariaes, com os actos do registo civil e com os actos de jurisdição voluntária por que se verifica o exercício de direitos.

Ora, dada a necessidade da intervenção da autoridade administrativa ou judiciária para a constituição, exercício e segurança ou prova de certos direitos privados e para a defesa normal de todos estes direitos, torna-se evidente que no objecto do direito internacional privado entram os conflitos das jurisdições que têm por officio intervir na esfera do direito pri-

(1) *Diritto internazionale e diritto interno*, trad. italiana de Buzzati, Torino, 1913, pag. 271.

relação jurídica de obrigação com o vendedor do prédio e constituindo, por outro lado, um direito real sobre o prédio, o direito de propriedade; pode ser considerado finalmente, num terceiro momento, como titular dum direito de crédito ou dum direito real, com o poder de exigir do vendedor a entrega do prédio ou de exercer as faculdades que se contêm no direito de propriedade. Sendo assim, facilmente se compreende que, empiricamente pelo menos, são bem diferentes estas três questões: *primeira* — se os estrangeiros têm a *faculdade* de constituir direitos de crédito, de estabelecer direitos reais, e de exercer direitos de família ou de successão; *segunda* — tendo os estrangeiros a faculdade de exercer todos ou alguns daqueles direitos, qual a lei que há de presidir ao exercício dos mesmos direitos; *terceira* — supondo que um nacional ou um estrangeiro constituiu num determinado país uma certa relação jurídica (direito de crédito, direito real, direito de família, direito de successão), ou sobre ela obteve uma sentença favorável, que valor há de atribuir-se a essa relação jurídica, ou à sentença que a definiu, fora do país onde a relação foi constituída ou a sentença foi pronunciada. E assim se vê que as três questões se referem — a primeira à *capacidade jurídica*, a segunda à *constituição* das relações jurídicas, e a terceira ao *exercício e garantia* dos poderes que derivam de uma relação jurídica constituída ou definida por sentença em país estrangeiro, e que, já sob este aspecto, são as mesmas questões empiricamente diferenciadas (1).

vado. E tal é o motivo por que alguns escritores, como Von Bar (*Das international Privat-und Strafrecht*, trad. inglesa de Gillespie, § 1.^o), Anzilotti (*Corso di lezioni*, cit., pág. 5 e 4) e Arminjon (*Nature, objet et portée des règles de droit international privé*, na *Revue de droit international privé* ou *Revue Darras — de Lapradelle*, tom. xv, pág. 405 e seg.), indicam paralelamente, como objecto do direito internacional privado, os conflitos de leis e os conflitos de jurisdições.

Este paralelismo não aparece na descrição que fizemos do objecto daquele direito, pelo motivo de que os órgãos do poder público apenas intervêm na vida jurídico-privada para dar efectividade às leis que a regem, e por isso os conflitos de jurisdições nos aparecem naturalmente subordinados aos conflitos de leis.

Sendo assim, vem o corolário lógico de que, devendo embora estudar os conflitos de jurisdições no que respeita à vida jurídico-privada, lhe devemos assinalar em todo o caso um lugar secundário, pelo que entendemos que não podíamos enunciar o problema dos conflitos de jurisdições paralelamente aos problemas dos direitos dos estrangeiros, dos conflitos de leis e do reconhecimento dos direitos adquiridos, ou definidos por sentença, em país estrangeiro.

E, porque assim pensamos, o estudo do problema dos conflitos de jurisdições aparecerá incorporado no estudo do problema dos conflitos de leis, estabelecendo num parágrafo especial a teoria geral dos conflitos de jurisdições e fazendo as devidas applicações sempre que a applicação de uma lei de ordem privada suponha a intervenção dos órgãos do poder público.

(1) Pillet, ob. cit., n.ºs 15 e 16.

Mas a sua diferenciação empirica ainda resulta do modo por que cada uma delas reveste *carácter internacional*. A primeira — condição dos estrangeiros — reveste carácter internacional por virtude da *nacionalidade do individuo* cuja capacidade jurídica se pretende determinar; a segunda — conflitos de leis — assume aspecto internacional em razão da *nacionalidade da lei* competente para regular o exercício do direito concedido ao individuo; o carácter internacional da terceira — valor dos direitos adquiridos ou declarados por sentença em país estrangeiro — vem, finalmente, da *nacionalidade da relação jurídica* ou da *sentença*.

Com effeito, discutir se e até que ponto os estrangeiros têm direitos, consiste em ter em conta a nacionalidade do individuo; discutir se uma ou outra lei é competente para presidir à constituição duma relação jurídica, equivale a ter em conta a nacionalidade da lei; verificar o valor de um direito adquirido ou definido por sentença em país estrangeiro, indica que se tem em conta a nacionalidade da relação jurídica ou a nacionalidade da sentença. E considerar a nacionalidade do individuo, para determinar a sua capacidade jurídica, ou considerar a nacionalidade da lei, para medir a sua competência, ou considerar a nacionalidade da relação jurídica ou duma sentença, para avaliar os seus effeitos, são, aparentemente pelo menos, questões distintas.

Mas a observação empirica corresponderá a realidade scientifica? A simples apparencia corresponderá a realidade objectiva? Ninguém o põe em dúvida relativamente à diferenciação entre o problema dos conflitos de leis e o problema da condição dos estrangeiros. Dúvidas há, porém, como dissemos, quanto à diferenciação entre o problema dos conflitos de leis e o problema do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos. Do valor dessas dúvidas diremos todavia em outro lugar.

5 — Aceitando a doutrina de que o problema dos conflitos de leis é diferente tanto do problema da condição dos estrangeiros como do problema do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos, podemos dar do direito internacional privado o seguinte conceito: *sistema de regras de direito que regulam a determinação dos direitos dos estrangeiros, a resolução dos conflitos de leis e o reconhecimento internacional dos direitos adquiridos e dos julgamentos*.

Não é uma definição o que pretendemos apresentar. Apenas pretendemos formular uma síntese das considerações que fizemos nos números anteriores acerca das razões determinantes do aparecimento do direito internacional privado e acerca da função que elle veio desempenhar no seio da humanidade civilizada.

Sobre o facto elementar da divisão da humanidade em Estados, produziu-se a fatalidade da migração do homem pelo mundo e a fatalidade das trocas entre indivíduos de todos os países. A protecção do direito acompanhou o homem na sua migração e veio garantir em toda a parte a manifestação e os resultados da sua actividade, e assim nasceu naturalmente um sistema de regras de direito destinadas a revestir de segurança jurídica a pessoa e os bens do indivíduo onde quer que ele se encontre.

E da formação natural de semelhantes regras de direito derivou também naturalmente a constituição de um novo ramo das sciências jurídicas — a *sciência do direito internacional privado*, — ou sistematização lógica das regras de direito que definem a condição dos estrangeiros, regulam a resolução dos conflitos de leis, e determinam o valor dos direitos adquiridos ou declarados por sentença em país estrangeiro.

Esta sciência abrange na sua sistematização duas partes distintas, uma destinada ao estudo da *formação, natureza e aplicação* das regras de direito internacional privado, que versaremos sob a inscrição *Direito objectivo*, e referente a outra ao estudo do regime jurídico internacional quer da *relação jurídica de direito privado em geral* quer de cada um dos grupos de relações jurídicas que formam as *instituições do direito privado*, isto é, os direitos de crédito, os direitos reais, os direitos de família e os direitos de sucessão.

Para acabar de esclarecer o nosso pensamento, devemos observar que limitamos o objecto do direito internacional privado à determinação dos direitos dos estrangeiros considerados como *simples particulares*, à resolução dos *conflitos das leis privadas* e ao *reconhecimento internacional dos direitos privados*. Notaremos, contudo, que, sendo a acção judiciária a garantia normal dos direitos privados, incluiremos no estudo do direito internacional privado a situação dos estrangeiros perante os tribunais quanto à defesa daqueles direitos, e bem assim os conflitos de jurisdições e das leis de processo no que respeita a protecção judicial dos mesmos direitos.

6— O conceito do direito internacional privado como acabamos de o esboçar assenta no facto de uma *comunidade internacional de indivíduos* que se encontram em país estrangeiro ou são sujeitos de relações jurídicas que estão em contacto com leis de diferentes Estados ou cuja eficácia se pretende fazer valer num país diferente daquele onde se constituíram ou foram definidas por sentença, e por isso torna-se evidente que, como nós o entendemos, o direito internacional privado tem por destino sociológico assegurar a protecção jurídica daqueles indivíduos.

Não podemos, porém, considerar o direito internacional privado, à semelhança do que faz Jitta, como o *direito privado da comunidade jurídica do género humano* (1).

O direito internacional privado tem como *resultado* fixar o *estatuto jurídico-privado* dos indivíduos que se encontram em país estrangeiro, que constituem relações jurídicas conexas com leis de diferentes países, ou que pretendem fazer valer num país direitos adquiridos em outro país, mas esse estatuto não se contém nas regras daquele direito. Semelhantes regras apenas indicam, entre os sistemas jurídicos dos diferentes Estados, o sistema jurídico que protege o indivíduo sob cada um daqueles pontos de vista. Assim: se a regra de direito internacional privado dispõe que os estrangeiros serão equiparados aos nacionais quanto ao gozo de direitos privados, isto quer dizer que os estrangeiros gozarão dos direitos privados estabelecidos pelo sistema jurídico local; se a regra de direito internacional privado determina que a capacidade civil do estrangeiro será regulada pela lei do seu país, isso significa que é o direito privado desse país que regulará aquela forma de capacidade; se finalmente a regra de direito internacional privado determina que serão respeitados os direitos legitimamente adquiridos em país estrangeiro, isso indica que se atribui eficácia às leis internas que presidiram à constituição dos mesmos direitos. O direito internacional privado não é, pois, direito privado, no sentido técnico desta expressão, mas um conjunto de regras que definem, na comunidade internacional dos indivíduos, a situação destes em face dos sistemas de direito privado dos diferentes Estados. Demais, para haver um direito privado da comunidade jurídica do género humano, seria necessário ou que a humanidade formasse um só Estado com um direito privado uniforme, ou que houvesse um direito privado uniforme em todos os Estados, graus de evolução jurídica que a humanidade ainda não atingiu.

(1) *La rénovation du droit international*, La Haye, 1919, pág. 4 e 5.

§ II

Fontes de direito internacional privado

SUMÁRIO. 7 — Conceito de fonte do direito internacional privado. 8 — Costume internacional: conceito; elementos; fundamento, duração e amplitude da sua força obrigatória; meios de verificar a sua existência e o seu conteúdo. 9 — Tratado normativo: conceito; fundamento, extensão e duração da sua força obrigatória. 10 — Leis internas: a sua função e as suas diferentes categorias. 11 — Fontes do direito internacional privado português.

7 — A formação do direito é o produto das exigências da coexistência e da cooperação social e, na sua elaboração como produto sociológico, cooperam todos os factores que, num determinado momento histórico, concorrem para dar forma à vida social. A tradição e as idealidades sociais, a vida económica e a cultura científica, o poder mental e a delicadeza dos sentimentos, tudo contribui para a constituição da *matéria* de que se forma a regra de direito. E assim é que o direito objectivo tem como *fontes materiais* todos os factores que sociologicamente concorrem para a sua formação. (1)

A investigação relativa às fontes materiais das regras de direito não é, porém, do domínio da ciência jurídica. É um problema *prejurídico*, que o sociólogo, o legislador, o crítico, tem de resolver, e que ao juriconsulto só interessa para determinar o sentido da regra de direito, quando se não entenda que esta tem uma vida própria, independente das causas que a produziram. (2)

O problema jurídico das fontes de direito refere-se á determinação das *fontes formais* das regras de direito, isto é, aos *modos de formação* dessas regras.

Inventariando os modos de constituição das normas jurídicas que definem a condição dos estrangeiros, estabelecem princípios para resolver os conflitos de leis e determinam o valor dos direitos adquiridos ou declarados por sentença em país estrangeiro, verificamos que essas normas se constituem por um de três processos: — o costume internacional, o tratado normativo, e as leis internas que dispõem sobre matéria internacional.

8 1 — *Costume internacional*. Nas relações entre os Estados, como aconteceu nas relações entre os indivíduos dentro do Estado, o primeiro modo de constituição da regra de direito como regra obrigatória da conduta dos mesmos Estados foi o *costume internacional*, isto é, o *acôrdo tácito* dos Estados no sentido de aceitar uma norma obrigatória reguladora da sua conduta nas suas mútuas relações.

O costume internacional não tem um valor puramente histórico, mas ainda hoje é fonte abundante tanto do direito internacional público como do direito internacional privado, e por isso importa estudar os seus elementos de constituição, o fundamento, amplitude e duração da sua força obrigatória, e os meios de verificar a sua existência e o seu conteúdo.

O costume foi definido pelo juriconsulto Ulpiano nesta fórmula célebre — *tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus*. Pode a fórmula verter-se dêste modo: acôrdo tácito do povo constituído pela prática continuada dos mesmos factos.

O costume, como fonte do direito, é, com efeito, uma *convicção jurídica comum*, traduzida na prática de actos que revelam inequivocamente a vontade de observar como obrigatória uma dada regra de conduta (1).

O costume supõe portanto a prática de *actos iguais* por parte dos membros da colectividade, prática acompanhada da *convicção comum* de que é obrigatório o seu procedimento em harmonia com essa prática. A *prática de actos unívocos* reveladores da vontade dos indivíduos e a *convicção da necessidade de os praticar* — *opinio juris, opinio necessitatis* — são assim os elementos de formação do costume como fonte do direito interno, o qual, segundo a fórmula expressiva de Anzilotti, é — *uma norma observada de facto com a convicção de observar uma regra de direito* (2).

Na ordem jurídica internacional, o costume é uma convicção jurídica comum de dois ou mais Estados, representativa do seu acôrdo tácito em observar de facto uma dada regra de

(1) Cavaglieri, *La consuetudine giurídica internazionale*, Padova, 1907, pág. 66, e *L'elemento consuetudinario nel diritto internazionale privato*, Padova, 1908, pág. 24 e seg.

(2) Corso di diritto internazionale, Roma, 1912, pág. 49.

(1) Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, Bologna, 1904, pág. 81 e 242; Anzilotti, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, pág. 37.

(2) Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, t. Milano, 1910, § 26.

conduta de carácter obrigatório. Ou, como diz o mesmo Anzilotti, «nas relações internacionais existe um costume *jurídico* (diverso do simples costume) quando os Estados procedem de facto de um modo determinado, tendo a convicção de estar juridicamente obrigados a proceder desse modo» (1).

O acôrdo dos Estados contido no costume, porque é tácito, forma-se por meio de actos. Mas que caracteres deverão ter êstes actos? Em primeiro lugar, é evidente que devem ser *inequivocamente reveladores da vontade dos Estados* no sentido de observar uma determinada regra de conduta como juridicamente obrigatória. Em segundo lugar, devem ser *recíprocos*, isto é, praticados por cada um dos Estados com o fim de corresponder à vontade dos outros Estados, pois só assim é que pode estabelecer-se o acôrdo entre os Estados e é certo que, segundo o modo de ser actual da sociedade internacional, que é uma sociedade de coordenação de Estados iguais e independentes, só por acôrdo dos mesmos Estados podem ser estabelecidas regras obrigatórias reguladoras da sua conduta (2). O costume internacional é assim essencialmente *bilateral*. O costume *unilateral* apenas exprime uma série de actos juridicamente irrelevantes quanto à constituição do direito internacional, pois, sem o espírito de aceitar uma regra de conduta que crie obrigações jurídicas nas relações com os outros Estados, não pode existir uma regra de direito internacional. Actos unilaterais podem revelar *vontades iguais* por parte dos Estados, mas são insuficientes para revelar a *vontade colectiva* dos mesmos Estados, que é a vontade criadora do direito internacional. A reciprocidade é tão necessária à existência do costume internacional, que Marghinotti chega a dizer que é, pelo menos, inútil falar da sua necessidade (3). Mas, exactamente porque a reciprocidade é essencial à existência do costume, é que se torna indispensável indicá-la como elemento da sua formação. Por fim, os actos de constituição do costume devem ser reveladores da *identidade de vontade*

(1) Ob. cit., pág. cit.

(2) A igualdade e independência dos Estados foram mantidas, em princípio, no pacto de constituição da *Sociedade das nações*, incluído nos artigos 1.º a 26.º dos tratados de paz de 1919 e 1920, designadamente do tratado com a Alemanha de 28 de junho de 1919.

Contudo, aparece aí um sinal de desigualdade, enquanto as *grandes potências* — Estados Unidos, França, Inglaterra, Itália e Japão — têm sempre representação no *conselho executivo* da Sociedade, ao passo que os outros Estados apenas aí podem ter quatro representantes, escolhidos pela *assembleia dos delegados* dos Estados que constituem a mesma Sociedade, (art. 4.º).

(3) Lare Marghinotti, *Introduzione al diritto internazionale pubblico*, Sassari, 1908, pág. 157.

dos Estados, isto é, devem revelar que a vontade dos Estados que praticam êstes actos deve ter *conteúdo idêntico*, pois é igualmente evidente que sòmente existe o acôrdo dos Estados para aceitar tácitamente uma regra de conduta quando os mesmos Estados querem a mesma norma e portanto quando a sua vontade tem um conteúdo idêntico. Em resumo, o costume internacional existe quando os Estados *querem reciprocamente* uma mesma norma obrigatória da conduta internacional.

Importa, porém, observar que a identidade de vontade não exige a identidade aparente dos actos que a revelam, pois é certo que a mesma vontade pode traduzir-se por actos aparentemente diferentes. O essencial é que a vontade seja a mesma.

Alguns escritores ainda exigem que os actos de constituição do costume sejam *gerais e continuados*, isto é, praticados pela *generalidade* dos Estados durante um período mais ou menos largo. Cremos, porém, que nem a generalidade nem a continuidade são essenciais ao costume. Pode êste constituir-se nas relações de dois Estados apenas, desde que êles pratiquem actos recíprocos indicadores do acôrdo tácito de observar uma dada norma de conduta. Desde que tais factos se dêem, está formado o *acôrdo normativo* dos dois Estados, está constituída uma regra de direito disciplinadora da sua conduta, existe o costume internacional. A prática repetida dos mesmos actos *confirma* a existência do costume, mas, como nota Anzilotti, um só acto pode manifestar suficientemente a convicção dos Estados no sentido de se considerarem obrigados a proceder pelo modo indicado pela prática do mesmo acto (4).

A força obrigatória do costume internacional deriva da vontade colectiva dos Estados que concorrem para a sua formação. Estados independentes e iguais, como são os actuais Estados, não podem reconhecer regras obrigatórias disciplinadoras da sua conduta, ou sejam regras de direito internacional, que não resultem do acôrdo das suas vontades, isto é, da fusão das mesmas vontades para o reconhecimento dessas regras. O fundamento da força obrigatória do costume internacional está, pois, no acôrdo dos Estados, traduzido na prática reciproca dos actos que traduzem a sua convicção a respeito da necessidade de cumprir uma dada norma da conduta internacional (5).

O direito internacional consuetudinário obriga naturalmente os Estados que concorreram para a sua formação. Obriga ainda, e também naturalmente, os Estados que mais tarde, por qualquer modo, o reconhecem e aceitam. Já não pode, contudo, obrigar os Estados que não cooperaram na sua formação nem

(4) Ob. cit., pág. 52.

(5) Anzilotti, ob. cit., pág. 52, e *Il diritto int. nei giudizi, int.*, pág. 285.

depois o aceitaram, pela razão já dita de que, segundo o modo de ser actual da sociedade dos Estados, não há para estes regras obrigatórias que não sejam aceitas pela sua vontade de um modo tácito ou de um modo expresso. Dada, porém, a significação da maior parte dos costumes internacionais, os quais representam a expressão da consciência jurídica dos povos civilizados, constituem a parte do direito internacional geralmente aceite e formam a ordem jurídica em que assenta a conservação da comunidade internacional, a sua força imperativa abrange logicamente todos os Estados que entram na comunidade internacional, são reconhecidos pelos Estados existentes e estabelecem com eles relações que supõem a aceitação e o cumprimento de regras de direito consuetudinário internacional. Não os obrigam, porém, por uma *imposição* dos outros Estados, mas por virtude do seu *tácito assentimento*, pois são eles mesmos que *voluntariamente* se colocam numa situação de facto que supõe o cumprimento dos costumes internacionais já estabelecidos, verificando-se assim o princípio, o único exacto, de que a força obrigatória do direito internacional só pode resultar da vontade colectiva dos Estados.

A força obrigatória do costume internacional pode findar por um de três processos: 1.^o) *Desuso* puro e simples, deixando os Estados de cumprir uma dada norma por já não a considerarem obrigatória; 2.^o) *costume contrário*, pela criação de novos preceitos consuetudinários incompatíveis com os preceitos existentes; 3.^o) *revogação*, por meio de um tratado normalivo, quer a revogação seja *expressa*, declarando-se revogado determinado costume internacional, quer a revogação seja *tácita*, estabelecendo-se no tratado preceitos incompatíveis com o costume até então observado. Formado pela vontade colectiva dos Estados, o costume acaba naturalmente quando essa vontade se manifesta em sentido contrário ao seu reconhecimento, e os processos apontados são os únicos por que a vontade dos Estados pode indicar o termo da força obrigatória de um costume internacional (1).

O costume internacional, se tem o mérito da susceptibilidade de um progresso regular e contínuo, tendo o direito internacional consuetudinário a vantagem da facilidade de uma evolução progressiva em que se exerce a acção dos factores morais e científicos que vão aperfeiçoando a vida internacional, tem concomitantemente o inconveniente da incerteza e da falta de precisão, tornando-se muitas vezes difícil provar a existência de uma regra consuetudinária e determinar com exactidão o seu conteúdo e o seu alcance. Daqui a necessidade da determinação

(1) Vide Anzilotti, ob. cit., pag. 52.

dos meios de verificar a existência e o teor das regras do direito internacional consuetudinário.

O costume internacional é uma formação histórica nas relações dos Estados e por isso a *história das relações internacionais* é sem dúvida um auxiliar precioso para verificar a existência e conteúdo das regras do direito consuetudinário internacional, emquanto indica tanto a tendência geral das relações dos Estados como a prática por estes seguida nas diferentes ordens de relações.

Ao lado da história das relações internacionais em geral, deve apontar-se a *história dos tratados*, pois não só estes representam muitas vezes o termo da evolução de um costume internacional, mas, nas negociações que precedem, acompanham ou se seguem à sua conclusão, se invocam os costumes internacionais, e por isso pode a história dos tratados dar elementos para a determinação da existência e conteúdo dos costumes internacionais. Para o estudo da história dos tratados são hoje elemento importante e imprescindível as *coleções de documentos* que, nos Estados parlamentares, são pelos governos apresentados ao poder legislativo e se encontram reunidos em livros designados pela cor da capa, chamando-se em Portugal *Livro branco*, em França *Livro amarelo*, na Inglaterra *Livro azul*, na Itália *Livro verde*, na Áustria *Livro vermelho*, na Rússia *Livro alaranjado*, etc. Não deve, porém, esquecer-se que os documentos constantes destes livros podem ser *tendenciosos*, dando como existente um costume ainda não realmente estabelecido e por isso deve usar-se com prudência da sua consulta.

Valioso elemento de verificação do costume internacional é ainda a chamada *prática internacional*, isto é, o modo de proceder do Estado nas suas relações com os outros Estados, pois é de presumir que o Estado queira proceder em conformidade do direito internacional.

Ainda o *direito interno*, legislado ou consuetudinário, bem como os julgados dos *tribunais internos*, podem facilitar a determinação do costume internacional. Com efeito, o direito interno regula muitas vezes matérias relativas às relações internacionais, como acontece, por exemplo, a respeito das prerogativas diplomáticas, condição dos estrangeiros, e resolução dos conflitos de leis, o que muito bem pode significar a manifestação da vontade dos Estados para a aceitação de um preceito de direito internacional. Basta para isso que se verifique que semelhantes normas de direito interno revelam a vontade recíproca dos mesmos Estados para o reconhecimento de normas obrigatórias da sua conduta internacional. Do mesmo modo, os tribunais nacionais freqüentemente resolvem questões de carácter nacional, como questões de presas, de conflitos de leis, etc., e a aplicação uniforme e constante pelos tribunais de vários Estados de prin-

cípios de direito respeitantes às relações internacionais poderá ser por certo valioso elemento de prova do direito internacional consuetudinário pelo que respeita à sua existência, alcance e interpretação.

Ao mesmo resultado pode sem dúvida conduzir o estudo da jurisprudência dos *tribunais internacionais*, como o tribunal permanente de arbitragem da Haia, enquanto, resolvendo questões jurídicas de carácter internacional, terão que aplicar direito consuetudinário sempre que as questões não estejam previstas em tratados ou num compromisso arbitral se não definam os preceitos que o tribunal tem de aplicar, e assim as sentenças proferidas podem ser a revelação do costume internacional.

Por fim, as *obras dos tratadistas* de direito internacional, que observam e interpretam os factos da vida internacional, analisam e criticam os preceitos seguidos na prática dos Estados, oferecem ensinamentos valiosos para definir e apreciar os costumes internacionais ⁽¹⁾.

9 — II — *Tratado normativo*. As regras de direito internacional relativas aos direitos dos estrangeiros, à resolução dos conflitos de leis e ao reconhecimento internacional dos direitos adquiridos podem ser constituídas por *acôrdo expresso* dos Estados, sob a forma de tratados. Em tal caso, o tratado exerce a função de criar *normas* de direito internacional e por isso se chama *tratado normativo*.

Nas relações dos Estados, o tratado desempenha duas funções distintas e características: ou é um *negócio jurídico*, destinado a criar, modificar ou extinguir relações jurídicas entre as partes; ou é um *acôrdo normativo*, tendente a estabelecer regras de direito como expressão da vontade colectiva dos Estados.

O tratado negócio jurídico corresponde, nas relações entre os Estados, ao acto jurídico entre particulares, e ainda oferece duas variantes: — o *tratado-contrato*, que tem por fim conciliar interesses divergentes e correspondentes dos Estados, harmonizando vontades de *conteúdo diverso*, como são os tratados de paz, de compromisso arbitral, de delimitação de fronteiras, etc.; e o — *tratado-acto jurídico unilateral colectivo*, que regula um interesse comum de Estados diferentes, como é, por exemplo, o tratado que regula o condomínio de vários Estados sobre o mesmo território. Numa ou noutra forma, o tratado-acto jurídico supõe o *direito objectivo* e não faz mais do que criar *direitos subjectivos* entre os Estados interessados.

O tratado-acto jurídico unilateral colectivo é evidentemente um *acôrdo*, no sentido jurídico técnico desta palavra, enquanto

(1) Vide Cavaglieri, *La consuetudine giuridica internazionale*, pag. 116 e seg.

tem por objecto um *interesse idêntico* e determina os direitos e obrigações dos Estados na realização desse interesse.

A mesma forma de tratado estabelece a transição para o acôrdo em que os Estados se propõem, não realizar um interesse comum, mas formular *normas* de conduta reguladoras das suas relações e que presidam à resolução das questões que se suscitam sobre as matérias visadas por essas normas.

É o *tratado acôrdo normativo*, ou simplesmente *tratado normativo*, o qual constitui *direito objectivo* e é fonte do direito internacional ⁽²⁾.

Desta espécie de tratados oferece-nos copiosos exemplos a história dos tratados dos últimos cem anos, sendo característicos, no que respeita ao direito internacional privado, os tratados de Montevideo de 1889 ⁽³⁾, que foram resultado do Congresso realizado nesta cidade, de 25 de agosto de 1888 a 18 de fevereiro de 1889, e as convenções da Haia de 1896, de 1902 e de 1905 ⁽⁴⁾, que resultaram das conferências da Haia sobre direito internacional privado de 1893, 1894, 1900 e 1904, tratados e convenções de que em breve daremos desenvolvida notícia.

O tratado normativo é a forma expressa da vontade colectiva dos Estados e tira a sua força obrigatória da própria manifestação dessa vontade. Como nota Anzilotti, é irrisório, ou pelo menos inútil, atribuir a força obrigatória dos tratados a uma regra de direito consuetudinário que impõe a observância dos compromissos tomados — *pacta sunt servanda*, pois, se o tratado normativo e o costume são manifestação da mesma vontade, não há razão para atribuir maior força obrigatória ao costume do que ao tratado. Em verdade, observa o mesmo escritor, mas irrecusável lógica, «ou se admite que a vontade colectiva tem o poder de obrigar os Estados, e a eficácia obrigatória é insita no tratado normativo como manifestação daquela vontade; ou não se admite, e então é impossível demonstrar a força obrigatória do costume, e por isso ainda da regra consuetudinária que viria atribuir valor jurídico ao tratado normativo» ⁽⁵⁾.

A *força obrigatória dos tratados* abrange os Estados que tomam parte na sua formação e aqueles que mais tarde aderem às suas disposições. A obrigatoriedade dos tratados resulta da vontade colectiva dos Estados, e por isso é evidente que não pode alcançar aqueles Estados que não concorreram para a formação dessa vontade ou que depois não fizeram sua

(1) Vide Anzilotti, ob. cit., pag. 53; Marghinotti, ob. cit., pag. 159; Cavarretta, *Diritto interstatuale*, 1914, pag. 36.

(2) Vide A. Machado Villela, *Tratados colectivos sobre direito internacional privado*, Coimbra, 1913, pag. 10 e seg.

(3) Ob. cit., pag. 39 e seg.

(4) Ob. cit., pag. 55.

a mesma vontade. Todos os Estados são *iguais* na ordem internacional, a sociedade dos Estados é uma sociedade de *coor-denação*, e não uma sociedade de *subordinação*, e daí deriva naturalmente que o tratado não pode obrigar a quem lhe não presta o seu assentimento, assim como não pode haver *juridicamente* na ordem internacional a imposição de uma *maioria* de Estados a uma *minoría*, apenas sendo compreensível a *unanimidade*, a não ser que, também por um tratado, os Estados se tenham obrigado a sujeitar-se à maioria.

Quanto à *duração*, a força dos tratados permanece emquanto os Estados contratantes, por mútuo acôrdo, uns aos outros se não desobrigarem. Tal é o princípio que foi formulado na declaração de Londres, de 17 de janeiro de 1871, nestes termos: «Os plenipotenciários da Alemanha do Norte, da Áustria-Hungria, da Grã-Bretanha, da Rússia, da Itália e da Turquia, reunidos em conferência, reconhecem como princípio essencial de direito internacional que nenhuma potência pode deixar de cumprir as obrigações de um tratado nem modificar as suas disposições, senão com o assentimento das partes contratantes, obtido por meio de um consentimento pacífico» (1).

Em alguns tratados, porém, e isso é regra nos tratados normativos sobre direito internacional privado, dá-se aos Estados contratantes o direito de, passado certo prazo e mediante determinadas condições, *denunciar* os mesmos tratados, isto é, de declarar que, de certo momento em diante, não continuarão a observar as suas disposições (2).

A par com esta forma de denúncia, que chamaremos *denúncia prevista*, ainda poderá admitir-se a *denúncia não prevista*?

A denúncia não prevista é evidentemente inadmissível quando permaneçam as circunstâncias que presidiram à celebração do tratado e por isso a execução dêste não possa representar um perigo para a conservação do Estado. Se tais circunstâncias mudarem e se provar que os Estados apenas se quiseram obrigar enquanto permanecessem as circunstâncias em que concluíram o tratado, ou se as circunstâncias mudarem a ponto de aquele perigo aparecer, também é evidente que o não cumprimento do tratado é exigido por um *estado de necessidade*, e a defesa do Estado legítima êsse não cumprimento. Fora disso, o Estado apenas poderá *propor* aos outros Estados contratantes que o desonerem do cumprimento do tratado, só ficando desonerado se a proposta for por eles aceita (3).

(1) Martens, *Nouveau Recueil général de traités*, 1.^a série, vol. XVIII, pag. 278.

(2) O direito de denúncia é reconhecido, por exemplo, em todas as convenções da Haia de direito internacional privado.

(3) Anzilotti, ob. cit., pag. e 237 256.

À parte a denúncia, a força obrigatória de um tratado normativo, como forma de manifestação da vontade colectiva dos Estados, pode terminar pela manifestação de uma vontade contrária, revelada quer pelo *desuso*, quer por um *costume contrário*, quer por um *novo tratado normativo* que revogue e substitua o anterior. Tudo isto são modos de manifestação *mais recente* da mesma vontade que havia formado o tratado no sentido de pôr termo à sua força obrigatória (4).

10 — III — *Leis internas*. As regras de direito internacional privado encontram-se ainda em grande parte, se não na sua maior parte, formuladas nas leis internas de cada país, em disposições paralelas, por exemplo, às do nosso Código civil nos artigos 24.º a 31.º, 964.º, 1106.º, 1107.º, 1961.º, 1965.º e 2430.º; do Código comercial, artigos 4.º, 12.º, 54.º, 109.º, 111.º, 516.º, §§ 2.º e 3.º, 591.º, §§ 1.º e 2.º, 650.º, 674.º e 690.º; do Código de processo civil, artigos 19.º, 20.º, 213.º, 805.º e 1087.º e segg.; do Código de processo comercial, artigos 8.º, 12.º, 13.º e 30.º; do decreto de 21 de outubro de 1907, artigos 10.º, 11.º, 12.º e 52.º; do decreto n.º 1 de 25 de dezembro de 1910, artigos 58.º a 62.º; do Código do registo civil, artigos 34.º, 40.º, n.º 6.º, 90.º, 242.º, 243.º, 244.º e 245.º; e do regulamento consular de 7 de março de 1920, artigos 143.º, 144.º, 146.º, 150.º, § 4.º, 168.º a 170.º, 258.º, 259.º.

Segundo o maior ou menor grau da liberdade do Estado na sua elaboração, as leis internas em matéria de direito internacional privado podem ser de três categorias: a) *Leis impostas* pelo direito internacional, cuja promulgação representa o cumprimento de um dever internacional; b) *Leis permitidas* pelo direito internacional; c) *Leis da livre iniciativa* do Estado.

a) À primeira categoria pertencem as leis internas feitas para cumprir um preceito de direito internacional a que o Estado se encontra sujeito. Assim, se o Estado se tiver obrigado por um tratado a aplicar a lei nacional para regular a capacidade matrimonial, e depois publicar uma lei interna mandando efectivamente regular pela lei nacional a capacidade para contrair casamento dos súbditos dos Estados contratantes, essa lei tem o carácter de uma lei imposta pelo direito internacional. Como tal se pode considerar, por exemplo, a lei sueca de 8 de julho de 1908, publicada para dar execução às condições da Haia de 12 de junho de 1902 relativas às condições de validade do casamento, ao divórcio e separação de pessoas, e à tutela de menores, pois essa lei, pelo que respeita aos súbditos dos Estados contratantes, contém preceitos *impostos* pelo direito internacional.

(4) Anzilotti, ob. cit., pag. 57.

b) Em vez de impor ao Estado que tenha certas leis sobre direito internacional privado, pode o direito internacional prever que ele tenha *uma lei* sobre certos assuntos, deixando-lhe uma certa liberdade na organização dessa lei. Estas leis existirão sempre que, permitindo uma regra de direito internacional que o Estado promulgue ou aplique uma determinada lei, o Estado efectivamente promulga uma lei nova, ou aplica uma lei já promulgada, nos termos previstos pelo direito internacional. Temos um exemplo frisante nas leis internas previstas pelo artigo 1.º da convenção da Haia de 12 de junho de 1902 sobre a resolução dos conflitos de leis referentes às condições de validade do casamento. Aquele artigo dispõe que o direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, *a não ser que uma disposição dessa lei se refira expressamente a outra lei*. Como se vê, o tratado estabelece a regra de que o direito de contrair casamento deve ser regulado pela lei nacional dos cônjuges, mas *permite* ao mesmo tempo que a lei do Estado de que os cônjuges sejam nacionais estabeleça a competência de outra lei, por exemplo, a competência da lei do domicílio ou a competência da lei do lugar da celebração. Cada um dos Estados contratantes pode, portanto, ou observar a regra geral do tratado, aplicando a lei nacional, ou pode, por meio de uma lei interna, mandar aplicar outra lei. Esta lei interna é evidentemente uma lei permitida por uma regra de direito internacional (1).

c) No momento actual, as leis internas sobre os problemas do direito internacional privado, normalmente, não são nem directamente impostas nem aparentemente supostas pelo direito internacional. São livremente estabelecidas pelo Estado, segundo os critérios que lhe parecem, mais justos para definir

(1) Triepel e Anzilotti, ao lado das leis internas impostas ou permitidas pelo direito internacional, referem as leis *proibidas* por este direito. As quais existem sempre que o direito internacional exija que o Estado não tenha uma certa lei ou exija do Estado uma conduta tal que o obrigue a não ter uma certa lei. O direito internacional pode, com efeito, impedir o Estado de ter certas leis, como acontece, por exemplo, com o artigo 276.º do tratado de paz com a Alemanha de 28 de junho de 1919, pelo qual este Estado se comprometeu a não impedir aos nacionais das potências aliadas ou associadas relativamente ao exercício de artes e ofícios, profissões, comércio e indústria, quaisquer restrições que não existam para os súbditos alemães, bem como não os sujeitar a qualquer encargo, taxa ou imposto que não exista igualmente para os alemães, e por isso, se o Estado alemão promulgar uma lei contra aquele preceito do tratado, teremos uma lei proibida pelo direito internacional. Semelhante categoria de leis, constituindo embora um caso típico de direito interno contrário ao direito internacional, tem somenos importância no que respeita à teoria das fontes do direito internacional privado, e por isso deixamos de as considerar no texto a par com as leis impostas e com as leis permitidas pelo direito internacional. (Vide Triepel, ob. cit., pag. 285; Anzilotti, ob. cit., pag. 37).

a condição dos estrangeiros, para resolver os conflitos de leis e para determinar o valor dos direitos adquiridos em país estrangeiro. Deve, pois, dizer-se que o chamado direito internacional privado reveste hoje uma feição acentuadamente *nacional* quanto aos seus preceitos, embora seja sempre de feição *internacional* quanto às matérias que regula (1).

Dada, pois, a provável diversidade das leis internas sobre matéria internacional e dado o predomínio das leis da livre iniciativa do Estado, qual o valor jurídico de cada uma das três categorias de leis? Tentaremos determiná-lo nos dois parágrafos seguintes.

10 — Conhecida a teoria geral das fontes do direito internacional privado, importa indicar as fontes do direito internacional privado português.

Para os tribunais portugueses, as fontes a que devem recorrer para determinar os direitos dos estrangeiros, para resolver os conflitos de leis ou para determinar o valor dos actos praticados em país estrangeiro, são também o costume internacional, os tratados normativos e as leis internas.

Quanto aos tratados e às leis internas, não há lugar à menor dúvida. Em verdade, não só Portugal tem concluído tratados sobre matérias de direito internacional privado, entre os quais avultam as convenções da Haia, e por muitas vezes, como acima vimos (n.º 9), tem o legislador português promulgado leis sobre as mesmas matérias, mas também indicou a ordem de consulta que deve ser seguida quando concorram sobre o mesmo assunto leis internas e tratados, mandando dar a preferência aos tratados (Cód. civil, art. 26.º; Cód. proc. civil, art. 1087.º; Cód. com., art. 6.º; Cód. de proc. com., art. 2.º).

Quanto ao costume internacional, não há texto de lei que directamente permita ou proíba a sua observância. Podia, porém, parecer que, encontrando-se os princípios de direito internacional privado adoptados pelo direito português, quer nos códigos de direito privado — Código civil e Código comercial, quer nos códigos complementares dos códigos de direito privado — Código de processo civil e Código de processo comercial, quer em leis avulsas de direito privado, e sendo certo que, em matéria quer de direito privado quer de processo civil ou comercial, não é admitido o costume como fonte de direito (2), não poderão os tribunais portugueses recorrer ao costume internacional para resolver questões de direito internacional privado.

(1) Anzilotti, ob. cit., pág. 33 e seg.

(2) Cód. civil, art. 16.º; Cód. com., art. 5.º; Cód. proc. civil, art. 4.º e 97.º; Cód. proc. com., art. 1.º; *Revista de legislação e de jurisprudência*, ano 10.º, n.º 495, pág. 422; Dr. J. Alberto dos Reis, *Processo ordinário*, pág. 35.

Creemos, contudo, que pode recorrer-se ao costume internacional para resolver questões de direito internacional privado que surjam perante os tribunais portugueses: 1.º) porque se trata de um ramo de direito em via de formação e muito pobremente representado, em regras expressas, nas nossas leis, e não é natural que o legislador pretendesse adstringir os tribunais ao pequeno número de preceitos já formulados; 2.º) porque, embora formulados nas leis de direito privado, os preceitos do direito internacional privado são distintos, pelo seu conteúdo, dos preceitos do direito privado, e até do direito interno, pois se relacionam com a conduta do Estado a respeito dos súbditos ou das leis dos outros Estados, e por isso não podem subordinar-se às regras de formação do direito privado; 3.º) porque o costume internacional, que é a manifestação tácita da vontade dos Estados, cria verdadeiro direito internacional, e a teoria das fontes deste direito não pode subordinar-se à teoria das fontes do direito interno de qualquer Estado; 4.º) porque a lei portuguesa, mesmo quando não admite o costume como fonte do direito interno, como acontece em matéria de direito penal (Cód. penal, art. 59.º), reconhece-o como fonte do direito internacional, como se vê dos artigos 151.º e 159.º do Código penal, que remetem para o direito das gentes (art. 151.º) ou para o direito público das nações (art. 159.º), isto é, para o direito internacional, numa matéria — as imunidades diplomáticas — que apenas se encontra regulada pelo costume internacional.

§ III

Natureza das regras de direito internacional privado

SUMÁRIO. 12 — Direito internacional e direito interno. 13 — Fórmula e extensão do problema da natureza das regras do direito internacional privado. Sua solução: a) escolas nacionalista e internacionalista; b) crítica. 14 — Função das regras de direito internacional privado. 15 — Natureza específica das regras de conflitos de leis. Teoria da competência legislativa e teoria da recepção: exposição e crítica. 16 — Regras de conflitos e regras de aplicação.

12 — O direito internacional e o direito interno, embora semelhantes pelo carácter *obrigatório* das suas regras, são distintos pela sua *origem*, pelo seu *conteúdo* e pelo seu *destino*.

O direito internacional tem por fonte a *vontade colectiva* dos Estados, e o direito interno deriva da *vontade singular* de um Estado; o direito internacional tem por objecto regular *relações entre os Estados* como tais, e o direito interno regula relações ou entre indivíduos quer do mesmo quer de diferentes Estados, ou entre o Estado e os indivíduos, ou entre o Estado e os Estados estrangeiros, não considerados estes como seus iguais e com êle coordenados, mas como sujeitos de direitos que se integram na ordem jurídica interna, para o efeito de se prevalecerem das suas leis ou de se aproveitarem das suas jurisdições; o direito internacional, por fim, destina-se a regular relações entre *sujeitos de direitos iguais e coordenados*, ao passo que o direito interno regula relações entre sujeitos de direitos *subordinados*, parcial ou integralmente, à vontade de um Estado.

A ordem jurídica constituída pelo direito internacional é pois inteiramente distinta da ordem jurídica constituída pelo direito interno, não podendo identificar-se as suas regras nem confundir-se o conteúdo das mesmas regras (1).

(1) Triepel, ob. cit., pag. 12 e seg.; Anzilotti, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, pag. 41, e *Corso di diritto internazionale*, pag. 33.

Sendo assim, torna-se necessário verificar se as regras de direito constitutivas do direito internacional privado são verdadeiro direito internacional, regulando relações dos Estados como tais e vinculando a sua conduta na ordem internacional, ou são apenas regras de direito interno, não correspondendo a fórmula *direito internacional privado* rigorosamente à realidade jurídica.

13 — As regras de direito internacional privado podem ser consuetudinárias, como vimos, quer por tratados ou costumes normativos, quer pelas leis internas.

É evidente que, quando estatuídas pelo costume ou por tratados, representam verdadeiro direito internacional, vinculam a vontade dos Estados que concorrem para a sua formação, e criam para os mesmos Estados a obrigação recíproca ou de reconhecer *certos direitos* aos estrangeiros, ou de aplicar *certa lei* na resolução dos conflitos de leis, ou de atribuir *determinado valor* aos direitos adquiridos em país estrangeiro. Semelhantes regras têm a origem formal de todas as regras de direito internacional — a *vontade colectiva dos Estados*, regulam relações dos Estados como tais e, portanto, fazem parte da ordem jurídica internacional.

Mas as regras relativas à condição dos estrangeiros, aos conflitos de leis ou ao valor dos direitos adquiridos em país estrangeiro que são estabelecidas nas leis internas? Qual a sua verdadeira natureza e o seu verdadeiro valor?

Ainda é evidente que, para os tribunais do Estado que as formula, representam verdadeiras *regras de direito*, criando poderes ou impondo deveres jurídicos com o mesmo valor dos estabelecidos por quaisquer outras leis internas, e devem ser aplicadas por esses tribunais sempre que perante eles se suscitem as questões que elas se propõem resolver. Formuladas pelo poder legislativo do Estado, vinculam naturalmente, dentro do território do mesmo Estado, a vontade dos indivíduos a que se dirigem e dominam a acção dos tribunais e autoridades criados para aplicar e executar as leis internas.

Qual, porém, o seu valor nas relações do Estado que as promulga com os demais Estados? Constitui-lo háo em *obrigação jurídica* para com esses Estados, ou serão regras de direito irrelevantes perante a ordem jurídica internacional?

Tal é afinal o delicado problema que à observação jurídica oferecem os factos. Como resolvê-lo?

Formam três categorias, segundo dissemos, as leis internas em matéria internacional — leis *impostas* pelo direito internacional, leis *permitidas* por este direito, e leis da *livre iniciativa* do Estado.

As leis do primeiro grupo, como o Estado é obrigado a promulgá-las e deve organizá-las sobre princípios estabelecidos

pelo direito internacional, têm certamente valor jurídico internacional, são internacionalmente relevantes, sendo o Estado não só obrigado a promulgá-las, mas ainda obrigado a cumpri-las depois de promulgadas, e por isso vinculam a vontade do Estado, no sentido de que ele não pode substituí-las por outras de conteúdo diferente e de que os outros Estados lhe podem exigir responsabilidade pelo seu não cumprimento.

As do segundo e do terceiro grupo, isto é, as permitidas pelo direito internacional e as de livre iniciativa do Estado, têm evidentemente por conteúdo *matéria de carácter internacional*, quer se refiram à condição dos estrangeiros, quer respeitem aos conflitos de leis, quer regulem o valor dos direitos adquiridos, ou declarados por sentença, em país estrangeiro.

Com efeito, os três problemas que formam o objecto do direito internacional privado constituem todos matéria de carácter internacional, pois tanto a determinação da condição dos estrangeiros como a resolução dos conflitos de leis e a determinação do valor dos direitos adquiridos ou declarados por sentença em país estrangeiro têm por conteúdo assuntos respeitantes às relações internacionais. O problema da condição dos estrangeiros, que consiste na determinação dos direitos que a estes deve reconhecer o Estado local, reveste carácter internacional pela razão simples de que os cidadãos de um Estado que emigram para país estrangeiro não perdem por isso a sua nacionalidade, mas continuam a pertencer à comunidade política constituída pelo Estado de origem, pelo que nem a este Estado pode ser indiferente a sua situação no Estado local, nem o Estado local, no tratamento dos estrangeiros, pode deixar de ter em vista o natural interesse do Estado de origem. E o carácter internacional do problema da condição dos estrangeiros bem se revela, já na existência de tratados para definir a sua situação, já na existência das legações e dos consulados, em cujas funções entra sempre a sua protecção, já no direito de protecção concedida ao Estado em relação aos nacionais que se encontram em país estrangeiro.

O mesmo acontece com o problema dos conflitos de leis. Procura-se aí determinar, entre duas ou mais leis que se encontram em contacto com a mesma relação jurídica, qual a lei competente para a regular, e portanto o problema dos conflitos de leis supõe necessariamente uma relação entre leis de diferentes Estados, isto é, o conteúdo do problema é de carácter eminentemente internacional.

Não tem diferente natureza o problema do reconhecimento dos direitos adquiridos em país estrangeiro, porquanto, medir o valor que as jurisdições de um Estado háo de atribuir aos direitos adquiridos dentro da esfera jurisdiccional de outro Estado, equivale a determinar até onde os tribunais de um Estado devem respeitar os actos praticados ou por autoridades

estranheiras ou à sombra de leis estrangeiras, e por isso trata-se ainda de um assunto que claramente consitui matéria de relações internacionais (1).

Mas, se os problemas do direito internacional privado têm por conteúdo *matéria internacional*, as regras de direito a seu respeito formuladas nas leis internas permitidas pelo direito internacional ou de livre iniciativa do Estado não podem *só por esse facto* considerar-se internacionalmente relevantes. O mais que o mesmo facto prova é a necessidade da existência de regras de direito internacional ou de regras de direito interno impostas pelo direito internacional que disciplinem juridicamente as situações de facto a que os mesmos problemas respeitam. Como nota Anzilotti, «a necessidade do direito não é ainda o direito, ao qual, para que tenha realidade, é indispensável a objectivação exterior e positiva» (2).

Importa por isso verificar se, não pelo seu conteúdo, mas pelo *poder* ou pelo *dever* do Estado quanto à sua publicação e ao seu cumprimento, as mesmas leis são internacionalmente relevantes ou internacionalmente irrelevantes. Procederemos a esta averiguação considerando separadamente as leis *permittedas* pelo direito internacional e as leis de *livre iniciativa* do Estado.

a) *Leis permitidas pelo direito internacional*. Como acima dissemos, estas leis existirão sempre que, permitindo uma regra de direito internacional que o Estado promulgue ou aplique uma determinada lei, o Estado efectivamente promulga uma lei nova ou aplica uma lei já promulgada, nos termos previstos pelo direito internacional, constituindo um exemplo característico, como notámos, as normas de conflitos previstas pelo artigo 1.º da convenção da Haia de 12 de junho de 1902 relativa às condições de validade do casamento.

As leis internas que revistam este carácter são por certo internacionalmente relevantes. Em verdade, o Estado publica-as ou aplica-as no exercício de um direito que lhe é reconhecido por uma regra de direito internacional, e por isso, por força da regra de direito internacional que lhe concedeu a permissão, tem o *direito* de exigir que os outros Estados contratantes se conformem com a regra por ele estabelecida e os outros Estados têm a *obrigação* de cumprir a mesma regra.

E assim qualquer Estado signatário daquela convenção que, numa lei interna de conflitos, mandar regular o direito de contrair casamento por parte dos seus nacionais, não pela lei nacional dos futuros cônjuges, mas pela lei do seu domicílio ou pela lei do lugar da celebração, pode exigir que os outros

Estados signatários cumpram essa regra de conflitos no que respeita àqueles casamentos, ou que respeitem os casamentos celebrados em harmonia com a mesma regra, ou melhor, em harmonia com a lei declarada competente por tal regra de conflitos.

b) *Leis de livre iniciativa do Estado*. Fora do caso de uma regra de direito internacional que directamente imponha ou permita a promulgação ou a aplicação de leis internas relativas aos problemas do direito internacional privado, pode o Estado publicar leis que definam os direitos dos estrangeiros, que estabeleçam regras para a resolução dos conflitos de leis, ou que determinem o valor dos direitos adquiridos, ou definidos por sentença, em país estrangeiro. E, mais uma vez o diremos, no momento actual, são as leis internas desta categoria que constituem a grande maioria das regras do direito internacional privado. Que valor deverá, pois, atribuir-se-lhes? Serão internacionalmente irrelevantes, ou constituirão de algum modo o Estado em obrigação para com os outros Estados?

É muito vacilante a doutrina acêrca do valor desta categoria de leis. Há quem as considere meras regras de direito interno, que de modo algum obrigam o Estado que as promulga perante os outros Estados, e há quem lhes atribua o valor de verdadeiras regras de direito internacional, vinculando a vontade do Estado como as regras formuladas pela vontade colectiva dos Estados. As duas correntes doutrinárias constituem duas escolas características, que costumam denominar-se escola *nacionalista* e escola *internacionalista*. Qual será a verdadeira doutrina?

Não há dúvida de que tais leis internas versam sobre matéria respeitante às relações dos Estados e portanto sobre matéria própria de regras de direito internacional. Mas também é certo que a sua fonte é, não a vontade colectiva dos Estados, mas a vontade singular de um só Estado, e que as regras de direito formuladas por um Estado são, por si mesmas, regras de direito interno, sem o poder de criar direitos e obrigações dos Estados na ordem internacional. Temos, pois, esta curiosa situação: pelo seu *conteúdo*, contêm as mesmas leis matéria própria do direito internacional; pela sua *fonte*, são verdadeiras regras de direito interno. Onde integrá-las? No direito internacional? No direito interno? Numa ordem jurídica intermédia, ao mesmo tempo interna e internacional, ou *sui generis*, como já alguém pretendeu? (3)

Esta última solução tem de ser posta imediatamente de parte, pois, entre a vontade colectiva dos Estados, fonte do direito internacional, e a vontade do Estado, fonte do direito

(1) Pillet, *Principes*, pag. 24 e seg.; Anzilotti, *Il dir. int. nei giur.*, pag. 130.

(2) Ob. cit., pag. 151.

(3) Vide Ottolenghi, *Dei rapporti di pertinenza fra il diritto internazionale privato e il diritto delle genti*, pag. 4; Anzilotti, *Il dir. int. nei giur. int.*, pag. 125, nota 5.

interno, não existe termo médio que possa constituir uma ordem jurídica intermediária. Não há senão direito internacional e direito interno. Todas as regras de direito têm de reduzir-se a uma destas categorias.

Mas, se é assim, a solução não parece oferecer dúvidas. O que decide do carácter da regra de direito é a natureza da vontade que a formula. Se a formula um Estado singularmente, é regra de direito interno; se a formula a vontade colectiva dos Estados, é de direito internacional. A regra de direito é um *imperativo*, e a força obrigatória não lhe vem do seu conteúdo, mas da vontade que, tendo poder de o fazer, lhe imprime esse carácter. Não há, pois, que hesitar. As leis internas de simples iniciativa do Estado referentes aos problemas do direito internacional privado são regras de direito interno.

Mas direito interno internacionalmente relevante ou direito interno internacionalmente irrelevante? É esta verdadeiramente a questão.

Triepel ⁽¹⁾ e Anzilotti ⁽²⁾ respondem que se trata de direito interno internacionalmente irrelevante, pela razão singela de que nenhuma regra de direito internacional impõe a sua promulgação ou lhes atribui valor internacional. A sua publicação por um Estado não passa de um acto irrelevante para os outros Estados. Será assim?

Analiseemos os factos e procuremos determinar a sua interpretação.

As regras de direito internacional privado respeitam aos direitos dos estrangeiros, aos conflitos de leis, ou ao reconhecimento internacional dos direitos adquiridos, como por muitas vezes já dissemos. Consideremos separadamente cada um dos problemas.

1.º) *Direitos dos estrangeiros.* Á semelhança do que faz o artigo 3.º da nossa Constituição política e o artigo 26.º do nosso Código civil, as leis dos Estados civilizados, sobretudo as leis mais recentes, determinam num texto formal os direitos dos estrangeiros, adoptando ou um sistema de *igualdade* mais ou menos amplo, ou um sistema de *reciprocidade*.

Nenhuma regra de direito internacional impõe ao Estado a obrigação de conceder aos estrangeiros certos e determinados direitos, e por isso parece que o procedimento do Estado é inteiramente livre e, como tal, internacionalmente irrelevante.

Contudo, bem consideradas as coisas, verifica-se que semelhante ilação não é exacta. Com efeito, é hoje princípio incontestável de direito internacional positivo o *reconheci-*

mento da personalidade jurídica dos estrangeiros, segundo o qual os Estados devem reconhecer os estrangeiros como pessoas, isto é, como sujeitos de direitos ⁽¹⁾. O princípio não precisa a medida de direitos que o Estado tem de reconhecer ao estrangeiro; todavia, porque a personalidade não existe senão quando ao indivíduo são reconhecidos poderes jurídicos, isto é, direitos determinados num mínimo indispensável ao exercício da actividade humana, vem o corolário seguro de que o Estado, para cumprir a regra de direito internacional que o obriga a reconhecer a personalidade jurídica dos estrangeiros, tem obrigação de definir numa lei interna quais são os direitos que os estrangeiros podem exercer dentro do seu território. Não é obrigado a equipará-los aos seus nacionais, pois não vai até aí o imperativo internacional, mas deve garantir-lhes direitos que traduzam o reconhecimento da sua personalidade jurídica. Sendo assim, torna-se evidente que as leis internas em que o Estado reconhece direitos aos estrangeiros, representam, por um lado, o cumprimento do seu *dever* internacional de reconhecer a personalidade jurídica dos estrangeiros, definem, por outro lado, a sua *atitude* perante os outros Estados quanto ao modo por que êle cumpre esse dever, e marcam, por fim, aquilo com que os estrangeiros podem contar entrando no seu território.

É naturalmente fiados nos direitos que lhes são prometidos que os estrangeiros entram nesse território e, por isso, se, depois de êles aí se encontrarem, tais direitos lhes fôssem recusados, a lei interna que prometia os mesmos direitos representaria uma cilada armada aos estrangeiros, e claramente se compreende que o Estado de origem dêstes, a quem não pode ser indiferente a situação dos nacionais que se encontram no estrangeiro, deve ter o direito de exigir do Estado local a justa responsabilidade pela *deslealdade* praticada para com os seus nacionais.

Não pode, pois, haver dúvida de que as referidas leis constituem direito interno internacionalmente relevante, não só até o ponto em que traduzem o princípio do reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros, mas em toda a sua extensão, emquanto definem a atitude do Estado a respeito dos estrangeiros.

Importa, porém, notar que, não sendo o Estado obrigado a reconhecer aos estrangeiros mais que o mínimo de direitos indispensáveis que traduzem o reconhecimento da sua personalidade jurídica, pode o Estado modificar livremente as leis internas que concedem direitos aos estrangeiros no que vai além dêsse mínimo; mas, emquanto as mesmas leis não sejam modi-

⁽¹⁾ Ob. cit., pag. 271.

⁽²⁾ Ob. cit., pag. 41.

⁽¹⁾ Anzilotti, *Il dir. int. nei giud. int.*, pag. 134 e nota 1.

ficadas, deve cumpri-las tão inteiramente como nelas se contém, assim como deve respeitar os direitos legitimamente adquiridos à sombra das mesmas leis, e isso é bastante para imprimir a estas o carácter de leis internacionalmente relevantes (1).

2.º) *Conflitos de leis.* A par com o princípio de que o Estado deve reconhecer a personalidade jurídica dos estrangeiros, já pelo costume internacional foi constituído outro princípio, que domina o problema dos conflitos de leis e que, com Kahn, Zittelmann, Anzilotti e Ottolenghi, pode formular-se assim: *o Estado deve reconhecer no seu território o valor, a eficácia e a aplicabilidade das leis estrangeiras* (2). Este princípio derivou naturalmente do mútuo reconhecimento dos Estados como entidades iguais e igualmente dotadas de uma esfera própria de actividade legislativa, pois que se não compreende que os Estados mutuamente se reconheçam sem que se respeitem nas suas leis, foi determinado pela incompatibilidade da absoluta territorialidade das leis com o desenvolvimento progressivo das relações internacionais, e tem-se traduzido sobretudo nestas duas ordens de factos: a) todos os Estados civilizados se afastam do princípio da absoluta territorialidade das leis, sancionando nos seus sistemas legislativos ou nos costumes jurídicos nacionais um certo número de regras de conflitos de leis, muitas vezes semelhantes, e sempre conduzindo mais ou menos à aplicação das leis estrangeiras; b) muitos Estados procuram ou moldar as suas normas de conflitos de leis pelas existentes em outros Estados ou formular, por meio de tratados, regras comuns de conflitos de leis.

Mas, se o Estado deve reconhecer o valor e a eficácia das leis estrangeiras, se não pode praticar o princípio isolador da absoluta territorialidade das leis, existe para êle o dever internacional de ter *um sistema* de regras de conflitos, embora não seja ainda obrigado a ter *um certo sistema geral* de regras de conflitos, com o qual satisfaça ao princípio do reconhecimento do valor, da eficácia e, portanto, da aplicabilidade das leis estrangeiras e cumpra o dever de não aplicar o princípio da absoluta

(1) A doutrina seguida no texto é necessário fazer uma restrição, pelo que respeita aos direitos políticos, quanto aos Estados onde são concedidos aos estrangeiros alguns destes direitos, o que é uma rara excepção. Os direitos políticos, por um lado, não são necessários aos estrangeiros para que êles possam ser considerados como sujeitos de direitos e, por outro lado, quando lhos concede, tem a lei em vista mais o interesse do Estado local do que o interesse dos estrangeiros, pelo que se devem ter como concedidos sempre a *título precário*, não podendo nunca o Estado de origem reclamar do Estado local o respeito da lei que lhos tiver concedido.

(2) Anzilotti, *ob. cit.*, pags. 134 e 135; Ottolenghi, *ob. cit.*, pag. 11; Marinoni, *Natura del diritto internazionale privato*, na *Rivista di diritto internazionale*, 1913, pag. 352; Cavaglieri, *L'elemento consuetudinario nel diritto internazionale*, pag. 40 e seg.

territorialidade das leis (1). Se, pois, o direito internacional lhe não impõe o dever de aplicar *certas e determinadas leis* para resolver os conflitos de leis que surjam perante os seus tribunais, impõe-lhe o dever de formular ou, pelo menos, de aplicar regras que representem o reconhecimento do valor e eficácia das leis estrangeiras, embora segundo critérios por êle livremente escolhidos, uma vez que se afastem do princípio da absoluta territorialidade das leis.

Mas, se é assim, as leis internas que formulam regras de conflitos traduzem o cumprimento de um dever internacional, definem a atitude do Estado quanto ao cumprimento desse dever, estabelecem o regime legal com que os estrangeiros podem contar quanto ao exercício dos seus direitos, e, por isso, são evidentemente leis internas internacionalmente relevantes, no sentido de que, enquanto não forem substituídas, até onde o possam ser, devem ser cumpridas pelo Estado que as promulga, assim como devem ser respeitados os direitos adquiridos em harmonia com os seus preceitos. A situação é claramente semelhante à criada pelas leis internas que definem os direitos dos estrangeiros; por isso semelhante é também o valor das duas ordens de leis.

3) *Direitos adquiridos em país estrangeiro.* As leis internas de simples iniciativa do Estado podem referir-se, por último, ao valor a atribuir aos direitos adquiridos, ou declarados por sentença, em país estrangeiro. Ainda neste ponto existe um princípio de direito positivo formado pelo costume internacional. É o princípio do *reconhecimento internacional dos direitos adquiridos* (2).

Este princípio, essencialíssimo para a vida jurídica internacional, pois, sem êle, nunca o estrangeiro podia ter segurança acêrca do seu património jurídico, é o complemento lógico do reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros, emquanto dá valor às afirmações concretas dessa personalidade em qualquer país, e derivou também naturalmente do reconhecimento mútuo dos Estados como entidades autónomas igualmente dotadas de actividade legislativa própria, já que o reconhecimento da actividade legislativa do Estado, para ser efectivo e prático, supõe o reconhecimento da eficácia dos direitos adquiridos à sombra das leis desse Estado.

Mas a própria existência do princípio, independentemente da sua origem e do seu valor prático, imprime às leis internas que o consagram e concretizam o valor de leis internacionalmente relevantes, pois que essas leis dão cumprimento a um

(1) Anzilotti, *ob. cit.*, pág. 150, nota 1.

(2) Anzilotti, *ob. cit.*, pag. 135, nota 1; Cavaglieri, *ob. cit.*, pag. 69; Pillet, *Principes*, pag. 496 e seg.

dever internacional e definem a atitude do Estado relativamente aos outros Estados quanto à eficácia dos actos praticados e dos direitos adquiridos em país estrangeiro, e tudo isso nem é, nem podia ser, internacionalmente irrelevante, dado o natural interesse que o Estado tem em que as suas leis sejam respeitadas, já nos seus preceitos abstratos, já na sua aplicação concreta.

De toda esta análise resulta evidente, se bem pensamos, a conclusão de que as leis internas relativas aos problemas do direito internacional privado, embora constituam direito interno, formam direito interno internacionalmente relevante, isto é, obrigam o Estado ao seu cumprimento, embora lhe seja sempre lícito modificá-las na forma, e até no fundo, uma vez que respeite os três princípios do reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros, do reconhecimento da eficácia e do valor das leis estrangeiras, e do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos (1).

14 — Definida a natureza das regras do direito internacional privado, importa determinar a sua função característica na vida jurídica dos Estados e dos indivíduos.

a) Para determinar a função das regras do direito internacional privado no que respeita às relações jurídicas dos Estados, ainda importa considerar separadamente: 1.º) as regras que derivam do costume internacional ou de tratados normativos; 2.º) as regras formuladas nas leis internas.

1.º) As regras de direito internacional privado constituídas pelo costume internacional ou por tratados normativos têm por função constituir os Estados na obrigação de reconhecer aos estrangeiros determinados direitos, ou de aplicar determinadas leis na resolução dos conflitos, ou de reconhecer determinado

(1) Da doutrina seguida no texto, resulta que as regras de direito internacional privado constituem duas classes bem características. Uma são verdadeiras *regras de direito internacional*, derivadas da vontade colectiva dos Estados e tendo a sua expressão em costumes ou tratados normativos; outras são *regras de direito interno*, derivadas da vontade do Estado e tendo por fim o cumprimento de um dever internacional mais ou menos determinado.

À parte o valor que atribuímos às leis internas de pura iniciativa do Estado, a classificação que seguimos das regras do direito internacional privado é a classificação adoptada por Anzilotti, hoje aceita por muitos internacionalistas.

Importa, porém, notar que tal classificação se não identifica com a divisão, feita por Zittelmann, do direito internacional privado em *direito internacional privado supraestadual* (über-staatliches internationales Privatrecht), que é verdadeiro direito internacional, e *direito internacional privado estadual* (inner-staatliches internationales Privatrecht), que é direito interno.

Num e noutro conceito, o direito internacional privado reveste as duas manifestações de direito internacional propriamente dito e de direito interno

valor aos direitos adquiridos, ou definidos por sentença, em país estrangeiro. Como regras de direito internacional, o seu campo de acção limita-se às relações dos Estados como tais, não podendo alcançar as relações entre os indivíduos ou entre quaisquer entidades a que o direito interno atribua o gozo e exercício de direitos.

E porque assim é, aos *Estados obrigados* cumpre estabelecer regras de direito interno adequadas ao cumprimento do seu dever internacional. Ou essas regras sejam estabelecidas de modo completo, organizando-se leis internas que determinem os direitos dos estrangeiros, estabeleçam a competência das leis para resolver os conflitos e digam o valor dos direitos adquiridos em país estrangeiro, sempre em conformidade com o dever internacional do Estado, ou que este se limite a uma *remissão* para o direito internacional, ou mesmo revele tácitamente a vontade de que as suas autoridades se conformem com o direito internacional, é sempre indispensável um acto de vontade do Estado que crie as regras de direito interno aplicáveis pelos seus tribunais e que vinculem os indivíduos que se encontram no seu território ou sejam julgados pelos mesmos tribunais, com que dê cumprimento ao imperativo do direito internacional. Este, por si mesmo, apenas regula relações entre os Estados, e por isso nem é imediatamente aplicável pelos tribunais internos para resolver as questões próprias da sua competência, nem cria direitos ou deveres para os indivíduos.

Em resumo, as regras de direito internacional privado constituídas pelo costume ou por tratados normativos devem ser *continuadas* por normas de direito interno que dêem competência aos tribunais para conhecer das questões que *determinaram* os princípios de direito internacional e atribuam aos indivíduos os direitos e deveres correspondentes às exigências do direito internacional (1).

internacional, mas há entre Anzilotti e Zittelmann uma divergência fundamental. Zittelmann admite a existência de um sistema completo de direito internacional privado supraestadual, o qual seria até um direito *subsidiário* no caso de lacunas ou insuficiência do direito internacional privado estadual, ao passo que Anzilotti não admite a existência de um sistema completo de direito internacional privado propriamente dito, sendo até porque tal sistema de direito internacional não existe que o direito internacional privado ainda hoje tem a sua principal fonte nas leis internas dos diferentes Estados.

É o ponto de vista de Anzilotti aquele que nos parece exacto, sendo em harmonia com a doutrina do eminente internacionalista italiano que entendemos a classificação das regras de direito internacional privado em regras de direito internacional propriamente dito e regras de direito interno internacional (Vide: Zittelmann, *Internationales Privatrecht*, 1, pag. 73 e seg. e 197 e seg.; Triepel, ob. cit., pag. 29 e seg.; Kahn, *Inhalt, Natur und Methode des Internationalen Privatrecht*, pag. 18 e seg.; Anzilotti, ob. cit., pag. 132, nota 2, e 148, nota 2).

(1) Triepel, ob. cit., pag. 111 e seg.; Anzilotti, ob. cit., pag. 49 e seg.

2.º) As regras de direito internacional privado formuladas nas leis internas, porque são internacionalmente relevantes, impõem ao Estado legislador o dever internacional de as cumprir, como já tivemos ocasião de mostrar, e, porque derivam da vontade do Estado, são *directamente* aplicáveis pelos tribunais internos e criam direitos e deveres para os indivíduos, pela razão simples de que a função própria dos tribunais de um Estado é aplicar o direito desse Estado e de que o destino natural do direito interno consiste em regular a actividade jurídica dos órgãos do Estado e das pessoas singulares ou colectivas que se encontram submetidas ao mesmo Estado.

Mas, para completa compreensão das leis internas em matéria de direito internacional privado, ainda é necessário distingui-las em dois grupos: constituem o primeiro aquelas leis cujo conteúdo é determinado pelo direito internacional, como se este direito obriga a reconhecer certos direitos aos estrangeiros, obriga a aplicar certa lei na resolução dos conflitos, ou obriga a reconhecer certo valor aos direitos adquiridos em país estrangeiro, as quais não fazem mais do que dar forma interna à regra de direito internacional; e formam o segundo aquelas leis cujo conteúdo é mais ou menos livremente determinado pelo Estado, como se a regra de direito internacional apenas obriga o Estado a ter uma lei que determine os direitos dos estrangeiros, a ter um sistema de regras de conflitos de leis, e a ter uma lei que determine o valor dos direitos adquiridos em país estrangeiro, deixando ao Estado a liberdade de fixar a medida exacta dos direitos dos estrangeiros, a liberdade de escolher a lei competente para resolver os conflitos, e a liberdade de condicionar o valor dos direitos adquiridos em país estrangeiro.

As leis do segundo grupo desempenham uma função que rigorosamente cabia ao direito internacional e que o direito interno desempenha apenas por incompleto desenvolvimento daquele direito. As relações internacionais de carácter privado exigem uma regulamentação mais completa do que aquela que se contém nas regras de direito internacional privado constituído pelo costume internacional ou por tratados normativos, e por isso, para concretizar o dever internacional de carácter geral, que o direito internacional lhes impõe, de reconhecer a personalidade jurídica dos estrangeiros, de ter um sistema de regras de conflitos de leis e de reconhecer os direitos adquiridos em país estrangeiro, os Estados civilizados formulam nas leis internas preceitos afines ao regime jurídico das relações internacionais, desempenham assim uma função que, numa organização perfeita da comunidade internacional, deverá ser desempenhada por um órgão representativo desta comunidade, como poderá ser, por exemplo, a *Assembleia da Sociedade das nações* ou *conferências especiais* organizadas por esta Sociedade para elaborar regras de direito internacional.

Como a sociedade internacional, na sua evolução progressiva, não chegou ainda a constituir-se definitivamente de maneira que um órgão caracteristicamente internacional possa formular de modo completo as regras jurídicas disciplinadoras das relações privadas internacionais, é o Estado que transitóriamente como que se substitui à mesma sociedade internacional, suprindo a insuficiência da sua organização jurídica e formulando nas suas leis os preceitos reguladores daquelas relações, naquilo em que elas ainda não foram disciplinadas pelo costume ou por convenções internacionais. Se por isso é verdade que o direito internacional privado anda incorporado, quanto à maior parte das suas disposições, nos sistemas jurídicos nacionais, também o é que, ao formulá-lo individualmente, deve cada Estado considerar-se como que um representante da comunidade internacional para esse efeito e julgar-se um *definidor local* de uma lei internacionalmente relevante, e não mero criador independente de uma lei interna internacionalmente indiferente, baseada apenas nas conveniências nacionais.

É pois certo que as leis internas relativas ao direito internacional privado desempenham uma função de carácter internacional, dando a essas leis valor internacional a obrigação que ao Estado impende de definir os direitos dos estrangeiros, de indicar a lei reguladora do exercício desses direitos e de determinar o valor dos direitos adquiridos em país estrangeiro.

b) Todas as regras do direito internacional privado tendem a assegurar a situação jurídica dos indivíduos ou das pessoas colectivas na esfera do direito privado, pois respeitam ou aos direitos que o Estado deve reconhecer aos estrangeiros, ou à lei competente para regular o exercício desses direitos ou ao valor dos direitos privados adquiridos em país estrangeiro. Todavia, essas regras, por si mesmas, não regulam aquela situação jurídica. São as leis internas propriamente ditas que a regulam. Assim, se a regra de direito internacional obriga o Estado a reconhecer um direito aos estrangeiros, é depois uma lei interna que organiza esse direito, isto é, a regra de direito internacional obriga a reconhecer o direito como é organizado pela lei interna; se a regra de direito internacional obriga a aplicar certa lei (nacional, do domicílio, do lugar da celebração, etc.) para regular o exercício de um direito, a função daquela regra limita-se à determinação da lei competente, esta é sempre uma lei interna, e por isso é uma lei interna que o tribunal aplica para resolver as questões submetidas à sua apreciação; se a regra de direito internacional obriga a reconhecer determinado valor aos direitos adquiridos em país estrangeiro, é em face de leis internas que tem de verificar-se se o direito foi válido e regularmente adquirido. Tudo isto é simples e lógico. É ao direito interno que cabe organizar os direitos dos indivíduos ou das pessoas colectivas na esfera do direito privado. As regras de

direito internacional ou às regras de direito interno que dispõem sobre matéria internacional e que, em certo modo, substituem regras de direito internacional, apenas cabe determinar ou a medida dos direitos concedidos ao indivíduo, ou a lei competente para regular esses direitos, ou o grau de valor a atribuir aos direitos adquiridos em país estrangeiro.

15 — As regras de direito internacional privado que temos chamado *regras de conflitos*, cuja função prática consiste em determinar o *direito aplicável* às diferentes relações jurídicas, tanto podem conduzir à aplicação do direito do país do tribunal como à aplicação de um *direito estrangeiro*.

É evidente que, quando é aplicável a lei do país do tribunal, isto é, a *lex fori*, esta lei é aplicada como *regra de direito*, e por isso também é evidente que a regra de direito internacional privado tem por função, em tal caso, a atribuição de *competência legislativa*, isto é, tem por função designar a *lei competente*.

Se, porém, as regras de direito internacional privado conduzem à aplicação de um direito estrangeiro, discute-se se tais regras ainda são atributivas de competência legislativa, ou se são apenas *regras receptícias do conteúdo das leis estrangeiras*, isto é, *normas em branco* cujo destino é incorporar o conteúdo das leis estrangeiras, as quais são assimiladas, não como direito, mas como *matéria* de direito, representando o direito estrangeiro declarado aplicável, não uma *fonte formal* de regras de direito, mas uma *fonte material* das mesmas regras.

A primeira orientação, que chamaremos *teoria da competência legislativa*, é a teoria tradicional, tendo sido recentemente defendida por Ghirardini na *Rivista di diritto internazionale* (1), num interessante artigo, em via de publicação, intitulado *Sull'interpretazione del diritto internazionale privato*.

A segunda orientação, que, com Ghirardini, denominaremos *teoria da recepção*, tem sido vigorosamente sustentada por Marinoni (2), que a formula nestes termos: «Depois de tudo que fica dito, pode afirmar-se que a ordem jurídica do Estado é territorial, no sentido de que apenas a vontade que a constituiu pode ter valor como fonte das normas de direito. Não é, por isso, exacto dizer que há normas internacionais e internas que impedem uma completa territorialidade do direito e que estas

(1) Ano XIII, 1919-1920, pag. 289 e seg.

(2) A doutrina de Marinoni aparece nos seguintes trabalhos: *Della condizione giuridica delle società commerciali straniere*, Roma, 1915, pag. 4 e seg.; *La natura giuridica del diritto internazionale privato*, na *Rivista di diritto internazionale*, vol. VII, 1915, pag. 546 e 449; *L'universalità dell'ordine giuridica statale e la concezione del diritto internazionale privato*, na *Rivista di diritto pubblico*, 1916, pag. 225.

normas determinam uma maior ou menor extraterritorialidade dos sistemas jurídicos nacionais. A territorialidade é indiscutível: onde domina a vontade do Estado, não pode dominar outra vontade. Se o Estado reconhece a existência e o valor de outros sistemas jurídicos, e dêste reconhecimento faz depender a manifestação concreta da sua vontade, trata-se de um valor prejudicial. Quando a vontade do Estado cria a norma, essa vontade é, juridicamente, ilimitada para a ordem interna, ainda mesmo que existam para o Estado limites internacionais jurídicos ou políticos. No âmbito de poder de um dado Estado, apenas a sua vontade pode valer como fonte formal do direito» (1).

Dêstes princípios deriva logicamente a doutrina de que as leis estrangeiras não podem, como tais, ter valor jurídico dentro da ordem jurídica de qualquer Estado, tornando-se necessário que este transforme o seu conteúdo em uma norma derivada da sua vontade. Assim o diz formalmente Marinoni: «As normas estrangeiras, presentes ou futuras, a que se referem as chamadas disposições de direito internacional privado são *incorporadas* (assunte) na ordem jurídica de um Estado diverso daquele que as formulou ou vier a formular, e nessa ordem jurídica, que lhes é estranha, valem como verdadeiras e próprias declarações da vontade que pode constituir o direito. O conteúdo das normas estrangeiras torna-se, em suma, conteúdo de novas normas internas válidamente subsistentes, por que a ordem jurídica que as invoca as torna suas por uma forma singular, compreensiva e sintética» (2).

A teoria da recepção resume-se, pois, nisto: a *remissão* feita para as leis estrangeiras pelas regras de direito internacional privado não é uma *remissão formal* por que seja reconhecida a competência dessas leis, mas uma *remissão receptícia*, pela qual o conteúdo das mesmas leis é transformado em conteúdo de leis nacionais.

A *teoria da competência legislativa*, segundo a qual os sistemas jurídicos estrangeiros são invocados como direito e não como matéria de direito, é defendida por Ghirardini, como correspondendo à origem histórica e à função do direito internacional privado, bem como ao teor e ao espírito das legislações positivas.

Quanto à genese histórica e à função do direito internacional privado, escreve Ghirardini: «Nascendo por virtude da divisão das sociedades humanas em múltiplos agrupamentos soberanos, o direito internacional privado veio significar que os seus sistemas legislativos (*ordenamenti*) são dotados de igual legitimidade jurídica e que nenhum dêles pode ostentar

(1) *Rivista di diritto internazionale*, vol. cit. pag. 492.

(2) *Revista cit.*, pag. 476.

ignorância dos outros ou negá-los, pois que isso seria negar, contra a realidade das coisas, contra a consciência comum, a unidade da esfera social a que pertencem todos aqueles agrupamentos. Destinado a remediar ou atenuar as intoleráveis consequências práticas da multiplicidade de soberanias, o direito internacional privado abre as portas, se assim é lícito falar, em cada sistema jurídico, aos sistemas jurídicos estrangeiros, reconhecendo-os. A doutrina da recepção despreza este importantíssimo factor. Recebendo o conteúdo de uma norma, bem longe de reconhecer, nega-se, implícita mas necessariamente, a sua juridicidade, porque uma norma só é jurídica se e enquanto faz parte de um sistema jurídico. Para encorporar o seu conteúdo, é necessário separá-la do sistema, isto é, é necessário despojá-la exactamente do elemento que lhe atribui carácter jurídico» (1).

Referindo-se ao teor e ao espírito das legislações positivas, escreve o mesmo autor: «A verdade é que de todas as legislações positivas resulta clarissimamente o conceito de que os sistemas de normas estrangeiras aparecem como sistemas jurídicos em certo sentido concorrentes e cujo concurso deve ser disciplinado. Observa-se, porém, que isto prova demais, pois as leis foram organizadas segundo a tradição, isto é, segundo a convicção de que os sistemas de normas estrangeiras eram jurídicos por virtude própria e de que apenas se podia e devia organizar a regulamentação dos seus limites. É um erro, mas nem por isso privado de qualquer importância. Os erros teóricos dos legisladores têm valor diferente dos dos doutrinários. A circunstância de eles haverem pressuposto a juridicidade dos outros sistemas de normas e de não terem julgado atribuir-lha, à parte a sua importância eventual sob outros pontos de vista, demonstra que se tinha em vista o direito estrangeiro como sistema jurídico, e não o conteúdo de normas especiais isoladamente consideradas» (2).

Eis as teorias com que a crítica jurídica procurou determinar a função específica das regras de direito internacional privado que indicam a lei aplicável às diferentes relações jurídicas. Qual será a teoria scientificamente rigorosa?

Decidimo-nos pela teoria da competência legislativa.

Parece-nos decisiva a consideração da função histórica do direito internacional privado quanto à determinação da lei reguladora das relações jurídicas. Em verdade, foi porque a humanidade se constituiu em grupos independentes com sistemas jurídicos autónomos e porque ao mesmo tempo cada um dos grupos reconheceu valor jurídico às leis dos outros grupos, que apareceram as regras de direito internacional privado, des-

tinadas a medir a esfera de aplicação dos sistemas jurídicos e com os quais uma e a mesma relação jurídica podia encontrar-se em contacto. Mais simplesmente: porque havia sistemas jurídicos diferentes, foi que apareceram regras de coordenação dos mesmos sistemas jurídicos, e por isso semelhantes regras, pela razão histórica da sua existência, tinham de considerar os sistemas jurídicos na sua integridade, e não apenas no seu conteúdo. De outro modo, a sua função não correspondia aos motivos que determinaram o seu aparecimento.

A teoria da competência legislativa é certamente indiscutível quando as regras de conflitos de leis são regras de direito internacional propriamente dito, isto é, regras constituídas por costumes ou tratados normativos. Em verdade, se o costume ou um tratado determina, entre as leis dos diferentes Estados, a lei aplicável a determinada relação jurídica, é evidente que não tem por fim dizer como cada Estado há de organizar as suas leis internas, mas demarcar a competência das leis dos diferentes Estados, isto é, não diz os termos em que cada Estado há de transformar o conteúdo das leis estrangeiras em leis nacionais, mas os termos em que há de enquadrar no seu sistema jurídico as leis estrangeiras declaradas aplicáveis a determinadas relações jurídicas. E, com efeito, tal é o teor de todos os tratados até hoje concluídos sobre conflitos de leis, os quais sempre fixam a lei reguladora de determinadas relações jurídicas.

Se dos costumes e dos tratados passamos às regras de conflitos estabelecidos pelas leis internas, estas regras ou são impostas ou permitidas pelo direito internacional, ou são da livre iniciativa do Estado (3).

Se são impostas ou permitidas directamente pelo direito internacional, a lei que elas mandam aplicar é aplicada por virtude de uma regra de direito internacional, o qual, como acabamos de dizer, não tem por função designar o conteúdo das leis internas, mas indicar a sua competência. A solução deve, por isso, ser igual à adoptada quanto às regras de conflitos directamente formuladas em costumes ou tratados normativos.

Se são da livre iniciativa do Estado, resultam em todo o caso, como demonstramos (2), do dever existente para o Estado de não aplicar o princípio da absoluta territorialidade das leis e portanto de ter um sistema de regras de conflitos de leis. Mas, se o Estado não pode aplicar o princípio da absoluta territorialidade das leis, é porque deve reconhecer a existência de outras leis, e por isso, quando as manda aplicar, é como leis que as deve tratar, considerando-as como leis competentes para reger as respectivas relações jurídicas. Tem aqui inteiro

(1) *Rivista cit.*, XIII, pag. 294.

(2) *Rivista cit.*, XIII, pag. 295 e 296.

(1) *Supra*, n.º 10.

(2) *Supra*, n.º 18.

16 — As regras de conflitos de leis têm por objecto, segundo fica dito, designar a lei competente para regular as relações jurídicas.

Quando tais regras são constituídas por costumes ou tratados normativos, como as regras de direito internacional obrigam os Estados, e não as suas autoridades administrativas ou judiciais, nem os indivíduos que se encontrem dentro do seu território, devem as mesmas regras ser seguidas de normas internas que indiquem às autoridades nacionais e aos indivíduos a lei aplicável às diferentes relações jurídicas. Em tal hipótese, existe claramente, ao lado de uma *regra de conflitos*, que é a regra de direito internacional e designa a lei competente, uma *regra de aplicação*, que é a regra de direito interno e manda aplicar a lei competente.

Mas, se as normas que designam a lei competente para regular as relações jurídicas forem formuladas nas leis internas, ainda poderá falar-se da diferença entre a regra de conflitos e a regra de aplicação?

No seu notável livro *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, seguiu Anzilotti a doutrina afirmativa, pois escrevia: «As quais (leis internas de direito internacional privado) resultam, quando atentamente consideradas, de dois elementos ou princípios distintos. Antes de tudo, a determinação da lei competente para regular uma determinada categoria de factos: é a norma de conflitos, o princípio que resolve um problema que, pela sua natureza, exorbitaria da função legislativa do Estado e entraria no direito internacional. Depois, a ordem aos órgãos do Estado, ou ainda aos particulares, de reconhecerem aquela competência e aplicarem a lei indicada: é a verdadeira norma de aplicação, a *Anwendungsnorm* dos alemães, que pertence sempre, ainda quando intrinsecamente considerada, ao direito interno» (1).

Esta doutrina de Anzilotti foi vivamente criticada por Marinoni, o qual escreve: «O direito interno não pode, de modo nenhum, estabelecer para as relações jurídicas uma regulamentação idêntica ou análoga à que, para o mesmo facto, estabeleceria o direito internacional: a esfera de aplicação da norma interna é inteiramente diversa da esfera própria da norma internacional. Sendo assim, o legislador interno não pode formular uma norma de colisão, isto é, uma norma que resolva o conflito entre várias leis competentes para regular uma determinada categoria de factos. Em verdade, se se trata de uma norma de colisão, dá-se a hipótese de várias leis próprias de ordens estaduais diversas, simultaneamente competentes para regular um mesmo facto. Mas uma norma de colisão,

capaz de resolver o conflito de ordens jurídicas diversas, é uma norma que se impõe a essas ordens jurídicas e, porque se trata de ordens jurídicas estaduais, a norma de colisão deve ser necessariamente uma norma de direito internacional, por isso que somente o direito internacional é capaz de limitar, seja embora mediatamente, a actividade interna dos Estados e coordenar a actividade de um Estado com a actividade dos outros. Mas, se é assim, a norma de colisão não pode ser formulada por um legislador estadual e fazer parte de uma ordem jurídica interna» (1).

Quanto ao elemento *norma de aplicação*, considerado por Anzilotti como contendo-se nas leis internas que mandam aplicar as leis estrangeiras para regular determinadas relações jurídicas, nota Marinoni: 1.º) que, representando a norma de aplicação a declaração de competência de uma lei estrangeira, esta não se integra na ordem jurídica do Estado que a manda aplicar, e portanto os factos e relações jurídicas a que deva aplicar-se a lei estrangeira ficam tendo valor jurídico perante a ordem jurídica do Estado que formular essa lei, mas não o têm perante a ordem jurídica do Estado que mandar aplicar a mesma lei, o que mostra o absurdo teórico e prático de semelhante doutrina; 2.º) que as normas de direito internacional privado que Anzilotti chama de aplicação devem ser entendidas como *normas de recepção* do conteúdo das leis estrangeiras, para que as relações sociais que elas visam possam ter valor jurídico perante a ordem jurídica do Estado que formulá as mesmas normas de direito internacional privado (2).

Anzilotti parece, porém, ter modificado a sua doutrina, porquanto, continuando a chamar, no *Corso di lezioni di diritto internazionale privato*, às regras de direito interno que designam a lei competente para regular as relações jurídicas *normas de aplicação*, não só já não fala em *normas de colisão*, mas, procurando fixar o carácter das normas de aplicação que mandam aplicar leis estrangeiras, teria dito: «O conteúdo substancial da disposição que se manda aplicar é o da lei estrangeira, o valor formal é de lei nacional», o que representa a aceitação da teoria da recepção (3).

Emitindo o nosso juízo sobre esta questão, diremos que consideramos verdadeira a primitiva doutrina de Anzilotti. Desde que a função do direito internacional privado consiste na coordenação dos sistemas jurídicos dos Estados em que se encon-

(1) *Rivista di diritto internazionale*, 1913, pag. 458 e 459.

(2) *Rivista cit.*, pag. 462 e seg.

(3) Vide *Corso di lezioni cit.*, pag. 91 e 93. Dizemos no texto *parece e teria dito*, pois as *Lezioni* são dactilografadas pelos discípulos de Anzilotti e são precedidas da declaração, exigida pelo professor, de que o seu conteúdo nem sempre corresponde às ideias por ele apresentadas nos últimos anos (pág. 2).

(1) Pag. 152.

cabimento a observação de Ghirardini. Se não as applicasse como leis competentes, mas apenas incorporasse o seu conteúdo, despojava-as do seu carácter jurídico, isto é, deixava de as considerar como leis, e caía fatalmente no princípio da territorialidade das leis.

Parece, pois, irrecusável a doutrina de que as regras de direito internacional privado que determinam o direito applicável às diferentes relações jurídicas são sempre attributivas de competência legislativa, e não puramente receptivas do conteúdo das leis estrangeiras.

Importa, porém, remover uma grave objecção que envolve a doutrina de Marinoni. Resulta essa objecção da autonomia da ordem jurídica de cada Estado em relação aos outros Estados e da distinção entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna.

Por um lado, porque a ordem jurídica interna deriva da vontade do Estado e porque onde a vontade d'este impera sòmente têm valor jurídico as normas por ela formuladas, nenhum valor jurídico *próprio* se pode attribuir às leis formuladas pelos outros Estados. Por outro lado, as regras do direito internacional limitam o seu imperativo às relações dos Estados entre si, não podendo atingir as relações reguladas pelo direito interno e não podendo portanto limitar juridicamente a territorialidade d'este direito. Sendo assim, as normas de direito interno, como expressão da vontade do Estado, são ilimitadas e ilimitáveis pelas regras quer do direito estrangeiro quer do direito internacional, e portanto a única teoria jurídica-mente defensável é a teoria da recepção.

No seu primeiro aspecto, já foi a objecção considerada por Ghirardini, o qual, aceitando embora como rigorosa a doutrina de que um sistema jurídico estrangeiro não pode ser direito positivo dentro da ordem jurídica de um Estado sem nela ser integrado pelas normas do direito internacional privado d'esse Estado, entende contudo que o direito estrangeiro pode ser assimilado como direito, tendo as regras do direito internacional privado a função de dar às fontes de direito estrangeiras o valor de processos idóneos para produzir normas de direito na ordem jurídica a que pertencem as mesmas regras ⁽¹⁾.

Em face desta concepção, as regras de conflitos, collocando entre as fontes da ordem jurídica local as fontes de direito estrangeiras, ao mesmo tempo que tornam direito positivo interno o direito estrangeiro, aceitam-no como direito e não como matéria de direito, atendendo assim ao facto irrecusável da autonomia dos Estados e à função do direito internacional privado, que consiste em coordenar os sistemas jurídicos dos diferentes Estados.

(1) *Rivista cit.*, pag. 292.

No seu segundo aspecto, foi a objecção também já considerada por Tosti, num artigo publicado na *Rivista di diritto internazionale* ⁽²⁾, sob o título de *La pretesa universalità dell'ordine giurica statale e la concezione del diritto internazionale privato*. Neste estudo, critica Tosti a concepção exageradamente formalista do direito adoptada por Marinoni e, mostrando como o direito se compõe dos dois elementos *poder e forma*, segue o princípio de que o direito internacional *pode limitar* o poder de o Estado formular normas reguladoras das matérias de direito interno, o que conduz à consequência de que o direito internacional *pode obrigar* o Estado a reconhecer como fonte de direito para a regulamentação de determinadas relações jurídicas as fontes de direito estrangeiras.

A doutrina de Ghirardini e de Tosti parece-nos resolver inteiramente a objecção derivada da doutrina de Marinoni. Com efeito, não só o Estado, entre as fontes do seu sistema jurídico, pode incluir as fontes do direito estrangeiro e portanto assimilar este como direito, e não como matéria de direito, mas, encontrando-se o Estado sujeito ao direito internacional, pode este direito limitar a sua actividade legislativa no sentido de o desviar do princípio da absoluta territorialidade das leis e de lhe impor a applicação das leis estrangeiras. E porque a obrigação resultante de uma regra de direito é incontestavelmente uma obrigação jurídica, segue-se logicamente que, existindo regras de direito internacional que obrigam o Estado a aplicar o direito estrangeiro na regulamentação de determinadas relações jurídicas, é o mesmo Estado obrigado a aplicar aquele direito nos termos exigidos pelo direito internacional. E desde que o direito internacional tem naturalmente por função, na concorrência dos sistemas jurídicos dos diferentes Estados, coordenar esses sistemas como sistemas de direito, e não como sistemas de normas ajurídicas, vem igualmente o corolário de que o Estado deve applicar o direito estrangeiro como regime jurídico das relações sociais.

Das considerações feitas resalta, em nosso critério, a exactidão da seguinte doutrina: os sistemas jurídicos nacionais, em vez de simplesmente *tangenciais*, como seriam na doutrina de Marinoni, são estreitamente *solidários*, completando-se mutuamente, em ordem a constituir uma verdadeira *comunidade de direito* através da variedade das legislações ⁽³⁾.

(1) Ano X, 1916, pag. 217.

(2) Como veremos a seu tempo, a única organização científica justa do direito internacional privado é a que conduz ao resultado de uma certa e determinada relação jurídica ser sempre regulada pela mesma lei, resultado que só se obtém com a applicação por todos os Estados de uma mesma lei à mesma relação jurídica, o que se realiza mediante o princípio da comunidade de direito, posto em evidência por Savigny (*Traité de droit romain*, trad. de Guenoux, tom. VIII, pag. 30).

16 — As regras de conflitos de leis têm por objecto, segundo fica dito, designar a lei competente para regular as relações jurídicas.

Quando tais regras são constituídas por costumes ou tratados normativos, como as regras de direito internacional obrigam os Estados, e não as suas autoridades administrativas ou judiciais, nem os indivíduos que se encontrem dentro do seu território, devem as mesmas regras ser seguidas de normas internas que indiquem às autoridades nacionais e aos indivíduos a lei aplicável às diferentes relações jurídicas. Em tal hipótese, existe claramente, ao lado de uma *regra de conflitos*, que é a regra de direito internacional e designa a lei competente, uma *regra de aplicação*, que é a regra de direito interno e manda aplicar a lei competente.

Mas, se as normas que designam a lei competente para regular as relações jurídicas forem formuladas nas leis internas, ainda poderá falar-se da diferença entre a regra de conflitos e a regra de aplicação?

No seu notável livro *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, seguia Anzilotti a doutrina afirmativa, pois escrevia: «As quais (leis internas de direito internacional privado) resultam, quando atentamente consideradas, de dois elementos ou princípios distintos. Antes de tudo, a determinação da lei competente para regular uma determinada categoria de factos: é a norma de conflitos, o princípio que resolve um problema que, pela sua natureza, exorbitaria da função legislativa do Estado e entraria no direito internacional. Depois, a ordem aos órgãos do Estado, ou ainda aos particulares, de reconhecerem aquela competência e aplicarem a lei indicada: é a verdadeira norma de aplicação, a *Anwendungsnorm* dos alemães, que pertence sempre, ainda quando intrinsecamente considerada, ao direito interno» (1).

Esta doutrina de Anzilotti foi vivamente criticada por Marinoni, o qual escreve: «O direito interno não pode, de modo nenhum, estabelecer para as relações jurídicas uma regulamentação idêntica ou análoga à que, para o mesmo facto, estabeleceria o direito internacional: a esfera de aplicação da norma interna é inteiramente diversa da esfera própria da norma internacional. Sendo assim, o legislador interno não pode formular uma norma de colisão, isto é, uma norma que resolva o conflito entre várias leis competentes para regular uma determinada categoria de factos. Em verdade, se se trata de uma norma de colisão, dá-se a hipótese de várias leis próprias de ordens estaduais diversas, simultaneamente competentes para regular um mesmo facto. Mas uma norma de colisão,

(1) Pag. 152.

capaz de resolver o conflito de ordens jurídicas diversas, é uma norma que se impõe a essas ordens jurídicas e, porque se trata de ordens jurídicas estaduais, a norma de colisão deve ser necessariamente uma norma de direito internacional, por isso que somente o direito internacional é capaz de limitar, seja embora mediatamente, a actividade interna dos Estados e coordenar a actividade de um Estado com a actividade dos outros. Mas, se é assim, a norma de colisão não pode ser formulada por um legislador estadual e fazer parte de uma ordem jurídica interna» (1).

Quanto ao elemento *norma de aplicação*, considerado por Anzilotti como contendo-se nas leis internas que mandam aplicar as leis estrangeiras para regular determinadas relações jurídicas, nota Marinoni: 1.º) que, representando a norma de aplicação a declaração de competência de uma lei estrangeira, esta não se integra na ordem jurídica do Estado que a manda aplicar, e portanto os factos e relações jurídicas a que deva aplicar-se a lei estrangeira ficam tendo valor jurídico perante a ordem jurídica do Estado que formular essa lei, mas não o têm perante a ordem jurídica do Estado que mandar aplicar a mesma lei, o que mostra o absurdo teórico e prático de semelhante doutrina; 2.º) que as normas de direito internacional privado que Anzilotti chama de aplicação devem ser entendidas como *normas de recepção* do conteúdo das leis estrangeiras, para que as relações sociais que elas visam possam ter valor jurídico perante a ordem jurídica do Estado que formulá as mesmas normas de direito internacional privado (2).

Anzilotti parece, porém, ter modificado a sua doutrina, porquanto, continuando a chamar, no *Corso di lezioni di diritto internazionale privato*, às regras de direito interno que designam a lei competente para regular as relações jurídicas *normas de aplicação*, não só já não fala em *normas de colisão*, mas, procurando fixar o carácter das normas de aplicação que mandam aplicar leis estrangeiras, teria dito: «O conteúdo substancial da disposição que se manda aplicar é o da lei estrangeira, o valor formal é de lei nacional», o que representa a aceitação da teoria da recepção (3).

Emitindo o nosso juízo sobre esta questão, diremos que consideramos verdadeira a primitiva doutrina de Anzilotti. Desde que a função do direito internacional privado consiste na coordenação dos sistemas jurídicos dos Estados em que se con-

(1) *Rivista di diritto internazionale*, 1915, pag. 458 e 459.

(2) *Rivista cit.*, pag. 462 e seg.

(3) Vide *Corso di lezioni cit.*, pag. 91 e 95. Dizemos no texto *parece e teria dito*, pois as *Lezioni* são dactilografadas pelos discípulos de Anzilotti e são precedidas da declaração, exigida pelo professor, de que o seu conteúdo nem sempre corresponde às ideias por ele apresentadas nos últimos anos (pag. 2).

ira dividida a humanidade, toda a regra de direito internacional privado formulada por qualquer Estado, e que se destine a determinar a lei aplicável a determinada relação jurídica, fixa, por um lado, a competência da lei que manda aplicar, desempenhando por isso o papel de uma *regra de conflitos*, e, por outro lado, ordena às autoridades do Estado a aplicação da lei que considera competente, no que exerce o ofício de uma *regra de aplicação*.

Concordamos em que, num regime perfeito do direito internacional privado, as regras de conflitos só poderão ser formuladas pela vontade colectiva dos Estados, isto é, só poderão ser regras de direito internacional. Contudo, no estágio actual do direito internacional privado, em que ao Estado cabe o direito e o dever de determinar por si, para a grande maioria dos casos, as leis aplicáveis às diferentes relações jurídicas, ao Estado cabe também dar, em regra, realização prática à função específica daquele direito como meio de coordenação dos sistemas jurídicos dos diferentes Estados, e esta coordenação só pode efectuar-se mediante regras de conflitos de leis, isto é, regras que fixem a competência respectiva das leis dos diferentes Estados, que sejam seguidas ou que em si contenham regras de aplicação que ordenem às autoridades e aos indivíduos o cumprimento das leis declaradas competentes para regular as relações jurídicas.

Sobre se as leis estrangeiras são aplicadas como leis competentes ou se apenas é *assimilado* o seu conteúdo, já no número precedente expusemos as nossas ideias.

§ IV

Aplicação das regras de direito internacional privado

SUMÁRIO. 17 — Aplicação do direito internacional pelos tribunais internos: aplicação directa e aplicação prejudicial ou incidental. 18 — Precedência a observar na consulta das fontes do direito internacional privado para resolver as questões que devem ser decididas pelas regras deste direito. 19 — Contradição entre as regras de direito interno em matéria de direito internacional privado e as regras de direito internacional privado constituídas pela vontade colectiva dos Estados. 20 — Contradição entre as regras de direito internacional privado estabelecidas pelas leis de diferentes Estados. 21 — Integração das regras de direito internacional privado.

17 — Pela sua própria natureza de sistema de regras de direito reguladoras das relações dos Estados como tais, definindo os seus direitos e deveres mútuos na ordem jurídica internacional, o direito internacional não é susceptível de aplicação pelos tribunais internos, quanto à resolução das questões a que os seus preceitos dizem respeito. Em verdade, sendo certo que o direito internacional regula exclusivamente relações entre os Estados e que estes são independentes e iguais, torna-se evidente que os tribunais de um Estado, como órgãos desse Estado, não podem julgar questões respeitantes aos direitos e deveres do mesmo Estado nas suas relações com os outros Estados, pois que as suas decisões nenhuma autoridade podem ter na ordem jurídica internacional (1).

Se, porém, os tribunais de um Estado não podem aplicar *directamente* o direito internacional, pela razão decisiva de que escapam à sua jurisdição as questões que àquele direito cumpre resolver, podem os mesmos tribunais ter muitas vezes necessidade da resolução prejudicial ou incidental de uma

(1) Vide: Anzilotti, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, pag. 49 e seg.; Triepel, *ob. cit.*, pag. 458.

questão de direito internacional para a resolução de questões que entram na esfera normal da sua jurisdição. Assim, suponhamos que, perante um tribunal português, surge uma questão de conflitos de leis relativa à determinação da lei competente para regular a capacidade matrimonial de um estrangeiro, pertencente a um Estado com o qual Portugal tem um tratado que regula o assunto e que estabelece uma regra diferente daquela que a lei portuguesa estabelece em geral para regular a capacidade matrimonial dos estrangeiros pertencentes a Estados com os quais não há tratados sobre a matéria. O interessado invoca o tratado e pede que a sua capacidade matrimonial seja apreciada segundo a lei que, a seu ver, é declarada competente pelo tratado para aquele efeito. A questão submetida ao tribunal é uma questão da sua competência normal, pois é uma questão de capacidade matrimonial, que tem de ser resolvida em face duma lei interna, quer nacional, quer estrangeira. Contudo, a determinação da lei competente supõe a resolução de uma questão de direito internacional, que é a questão de saber se a hipótese em litígio entra ou não na esfera de aplicação do tratado, e, só depois de resolvida tal questão, é que o tribunal poderá decidir se o interessado tem ou não capacidade para contrair matrimónio.

Poderão, pois, os tribunais internos aplicar regras de direito internacional na resolução de questões prejudiciais ou incidentais de que dependa a resolução das questões principais submetidas à sua apreciação e que sejam da sua competência?

A prática geral é no sentido afirmativo, e esta prática parece-nos inteiramente justificada pela razão de que, sendo a aplicação do direito internacional na resolução de uma questão prévia ou incidental necessária à resolução da questão principal submetida à apreciação do tribunal e que é da sua competência, e sendo o tribunal órgão do Estado, deve entender-se que, quando os Estados aceitam regras de direito internacional que lhes impõem o dever de decidir de determinado modo certas questões de direito interno, conferem implicitamente aos seus tribunais competência para interpretar e aplicar as regras de direito internacional até onde seja necessário para preparar a resolução das questões principais submetidas ao seu julgamento⁽¹⁾.

18 — São três as fontes das regras do direito internacional privado — costume internacional, tratados normativos e leis internas. Na maior parte dos casos, as regras derivadas destas fontes não podem ser aplicadas simultaneamente e por isso torna-se indispensável saber por que ordem os tribunais internos hão-de consultá-las.

A resolução deste problema tem de resultar da combinação dos dois princípios incontestáveis: — de que o Estado está sujeito ao direito internacional por ele aceito expressa ou tacitamente: — e de que os tribunais internos estão sujeitos às leis do Estado, embora sejam livres na sua interpretação.

Ora a coordenação dos dois princípios conduz-nos à doutrina de que o tribunal interno deverá consultar as fontes segundo a ordem estabelecida pela lei interna, e de que o Estado deve responder pela não aplicação do direito internacional, se a tanto levar a ordem de consulta das fontes estabelecidas na lei interna. O Estado é sujeito do direito internacional e o tribunal é órgão do Estado para a aplicação das suas leis, e por isso o tribunal deve aplicar a lei interna e o Estado responder pelas infracções que daí possam resultar ao direito internacional⁽²⁾.

Sendo assim, importa saber qual a ordem de consulta das fontes do direito internacional privado que devem seguir os tribunais portugueses.

A ordem da consulta deve ser esta: tratados, lei interna, costume internacional.

a) *Tratados*. Os tratados, quando existam, são a primeira fonte a consultar. Assim devia ser, e assim resulta claramente dos textos acima indicados dos Códigos civil, de processo civil, comercial e de processo comercial.

Assim devia ser, pois, sendo o tratado normativo a afirmação da vontade dos Estados contratantes no sentido de se submeterem a determinadas regras de direito internacional, é evidente que, uma vez concluído e ratificado, representa o mesmo tratado a regra de conduta querida pelas partes contratantes para reger as suas relações sobre as matérias reguladas. Assim resulta claramente dos textos, por isso que os quatro Códigos — civil (art. 26.º), comercial (art. 6.º), de processo civil (art. 1087.º) e de processo comercial, (art. 2.º) — dispõem de modo a dar a primazia aos tratados, empregando sempre esta ou uma fórmula semelhante — *salvo quando outra coisa estiver estipulada em tratados*.

Os tratados fontes de direito internacional privado podem ser directamente concluídos para regular qualquer problema deste direito, como são as convenções da Haia. Pode, porém, acontecer que preceitos de direito internacional privado se encontrem em tratados destinados a outro fim, como tratados de comércio, convenções consulares, convenções literárias, convenções relativas à propriedade comercial e industrial, etc., e, por isso, é sempre conveniente ver todos os tratados que

(1) Vide Anzilotti, pag. 159 e seg. *

(2) Anzilotti, ob. cit., pag. 195 e seg.

vigorem nas relações de Portugal com o Estado de cujos súbditos se tratar, para que a investigação seja completa⁽¹⁾.

E os tratados devem considerar-se em vigor, quanto à extensão e quanto ao tempo, em harmonia com as regras acima formuladas, isto é, a respeito dos Estados que entraram na sua formação ou a elles aderiram, e enquanto não forem denunciados, ou não forem revogados quer por outros tratados, quer pelo desuso, quer pela constituição de um costume em contrário das suas disposições.

b) *Leis internas.* Não existindo tratado que regule a questão submetida à apreciação do tribunal, deve este verificar se a questão é prevista e resolvida por alguma lei interna e, no caso afirmativo, aplicar essa lei, sem se preocupar se existe ou não costume internacional que resolva a questão, a não ser que a mesma lei preveja a existência do costume e o mande aplicar quando exista. O fundamento desta doutrina está em que os tribunais de um Estado estão sujeitos às leis por este promulgadas, embora sejam livres na sua interpretação, e por isso, quando haja conflito entre uma lei do Estado e o direito internacional, deve o tribunal, salvo preceito em contrário, cumprir a lei interna, embora o Estado possa incorrer em responsabilidade por não haver conformado o direito interno com o direito internacional para elle obrigatório. Não pode ser outra a atitude do tribunal⁽²⁾.

c) *Costume internacional.* Na falta de tratado ou lei interna, deverá ser aplicado o costume internacional quando exista e para cuja formação Portugal haja concorrido. E a aplicação do costume deve ter lugar antes de se recorrer ao emprego dos processos por que devam preencher-se as lacunas que apareçam na prática jurídica em face dos tratados e das leis internas. O costume é uma *fonte directa* do direito internacional privado, que constitui, com os tratados e com as leis internas, o direito objectivo imediatamente estabelecido para determinar os direitos dos estrangeiros, resolver os conflitos de leis e medir o valor dos direitos adquiridos em país estrangeiro, e por isso as normas consuetudinárias devem ser applicadas logo que não haja tratado ou lei que immediata e directamente regu-

(1) A consulta dos tratados vigentes entre Portugal e as potências é facilitada pela *Sinopse* desses tratados publicadã pelo ministério dos negócios estrangeiros. A última sinopse foi publicadã em 1911. Para as modificações sobrevindas depois dessa data, é preciso recorrer à *Colecção official de legislação* ou ao *Diário do Governo*. A *Sinopse* indica os lugares onde os tratados podem ser lidos. Os tratados que contêm regras de direito internacional privado reguladoras das relações de Portugal com as potências encontram-se quasi todos na *Nova colecção de tratados*, publicação official do ministério dos negócios estrangeiros, de que já saíram catorze volumes, e que abrange os tratados concluidos desde 1840 até 1910.

(2) Triepel, ob. cit., pag. 306; Anzilotti, ob. cit., pag. 199 e seg.

lem o assunto. Só depois é que se torna legítimo lançar mão dos meios adequados para integrar as lacunas do direito objectivo. Desses meios falaremos no número 21.

19 — Os princípios estabelecidos habilitam-nos a resolver a questão sobre qual deva ser a atitude dos tribunais internos no caso de contradição entre o direito interno e o direito internacional.

O tribunal interno é órgão do Estado para a applicação das leis do mesmo Estado, e por isso, quando a lei interna seja contrária ao direito internacional, cumpre ao tribunal applicar a lei interna, embora com isso seja ofendido o direito internacional.

Contudo, é natural supor que o Estado, aceitando uma regra de direito internacional, quis sujeitar-se ao seu cumprimento, e por isso deve partir-se do principio de que a lei interna foi organizada em conformidade do direito internacional, devendo apenas dar-se-lhe outra interpretação quando a interpretação de conformidade com o direito internacional não seja possível.

Embora, porém, perante o tribunal interno, o direito internacional não possa prevalecer sobre as leis internas, prevalece contudo em relação ao Estado, o qual responde perante os outros Estados pelas violações do direito internacional que os seus tribunais sejam obrigados a praticar⁽¹⁾.

Em Portugal, os casos de contradição entre o direito interno e o direito internacional difficilmente poderão verificar-se.

Semelhante contradição só pode dar-se nas relações da lei com os tratados ou nas relações da lei com o costume.

Nas relações da lei com os tratados, a contradição não pode existir senão na hipótese de a lei mandar explicitamente substituir os seus preceitos aos preceitos do tratado, pois, segundo os textos legais acima citados (Cód. civil, art. 26.º; Cód. com., art. 5.º; Cód. proc. civ., art. 1087.º; proc. com., art. 2.º), o tratado normalmente prefere à lei. E, exemplo de lei substituindo-se expressamente a um tratado, não conhecemos nenhum, nem é natural que venha a produzir-se.

Nas relações da lei com o costume, a contradição não pode dar-se facilmente no estado actual do nosso direito. Em verdade, o costume internacional, em matéria de direito internacional privado, ainda é pouco determinado, deixando às leis internas uma larga liberdade para regular, por parte do Estado, o cumprimento do seu dever de reconhecer a personalidade jurídica dos estrangeiros, de ter um sistema de conflitos de leis e de reconhecer os direitos adquiridos em país estrangeiro, e é

(1) Anzilotti, ob. cit., pag. 96 e 267 e seg.

certo que a legislação portuguesa reconhece largamente a personalidade jurídica dos estrangeiros, pratica com bastante largueza o princípio da extraterritorialidade das leis, e dá amplo valor aos direitos adquiridos e às sentenças proferidas em país estrangeiro.

Supondo, porém, que a contradição pode existir, mais uma vez notaremos que o juiz só deve supor a lei interna em contradição com o direito internacional quando a lei não possa ter outra interpretação, pela natural presunção de que o Estado, concorrendo para a formação de um costume internacional ou aceitando-o depois de constituído, quis submeter-se aos seus preceitos, e de que também quis que os seus tribunais com êle se conformassem. Somente portanto quando a contradição for manifesta, regulando a lei interna e o costume internacional a *mesma matéria* de modo diferente, é que o tribunal deve considerar a lei em contradição com o costume. Assim se, por exemplo, a lei interna nada dispuser sobre as prerogativas diplomáticas, embora *de modo geral* disponha sobre a competência dos tribunais locais a respeito dos estrangeiros em geral, deve a lei ser interpretada em conformidade com o costume internacional que isenta os agentes diplomáticos das jurisdições locais. A precedência da lei interna relativamente ao costume internacional reduz-se portanto aos casos de contradição manifesta e irredutível das duas fontes do direito internacional privado ⁽¹⁾.

20 — As regras de direito internacional privado a aplicar, para resolver as questões de direitos dos estrangeiros, de conflitos de leis, ou do valor dos direitos adquiridos ou declarados por sentença em país estrangeiro, são, em grande escala, formuladas nas leis internas de cada Estado e por isso pode acontecer que as regras formuladas por um Estado sejam diferentes das formuladas pelos outros Estados sobre o mesmo assunto, dando-se a concorrência e a contradição entre as regras de direito internacional privado estabelecidas pelos diferentes Estados. Esta contradição é hoje possível por virtude de os Estados terem, em larga medida, a liberdade de formular como bem entenderem regras de direito internacional privado e de nem todos seguirem os mesmos critérios na definição dessas regras. Apontaremos como, exemplo característico, a divergência que se dá entre o direito português, que manda regular o estado e capacidade das pessoas pela lei nacional (Cód. civil, art. 27.º; Cód. com., art. 12.º), e o direito inglês, que manda regular o estado e capacidade das pessoas pela lei do domicílio ⁽²⁾.

(1) Anzilotti, ob. cit., pag. 222 e seq.

(2) Dicey, *Le statut personnel anglais*, trad. de Stoquart, t. pag. 283.

E, quando assim aconteça, qual deverá ser a atitude do tribunal de cada Estado?

Não pode hesitar-se em decidir que, salvo preceito expresso de lei em contrário, deve aplicar a regra de direito internacional privado da *lex fori*, isto é, a regra de direito internacional privado formulada pelo seu próprio legislador, considerando como não existentes as regras de direito internacional privado formuladas pelos outros legisladores. E isto por duas razões que nos parecem decisivas.

Em primeiro lugar, as regras de *direito interno internacional* (fórmula empregada por Triepel ⁽¹⁾), como já dissemos, para designar as leis internas sobre matéria internacional, que adoptamos por nos parecer bem expressiva) estabelecidas por cada Estado devem ter para êle o valor e o alcance que teriam regras de direito internacional propriamente dito. É evidente que este direito, sendo formulado pela vontade colectiva dos Estados para regular as suas relações, não pode deixar de ser *uno*, pois não se compreenderia a existência de duas ou mais regras diferentes para regular a mesma relação internacional, e por isso também é evidente que o direito interno internacional formulado por um Estado para suprir a falta de regras de direito internacional propriamente dito deve representar para êle o *verdadeiro* direito internacional e, como tal, excluindo toda e qualquer regra de direito interno internacional formulada pelos outros Estados. Esta exclusão é irrecusável ⁽²⁾.

Em segundo lugar, as regras de direito interno internacional formuladas por cada Estado, representando a disciplina da sua independência e da sua autonomia quanto às relações com os outros Estados, naquilo em que essa independência e autonomia não são limitadas por preceitos de direito internacional, constituem o regime da sua *auto-limitação*, e parece evidente que esse regime de auto-limitação ou, como se diria na linguagem da escola clássica do direito político, o *regime de livre limitação da soberania* do Estado em face dos outros Estados, não pode ser organizado senão pelas leis do mesmo Estado, tendo claramente o valor de leis de ordem pública, e sendo portanto de aplicação imperativa para os tribunais e exclusivas de quaisquer leis estrangeiras em contrário, as leis que estabelecem esse regime. E, com efeito, o simples bom senso mostra que, não sendo o Estado obrigado pelo direito internacional a conceder determinados direitos aos estrangeiros, a ter um determinado sistema de regras de conflitos de leis, ou a adoptar regras certas e determinadas quanto ao valor dos direitos adquiridos ou declarados por sentença em país estrangeiro, e

(1) Ob. cit., pag. 271.

(2) Vide Liegeois, em *Clunet*, 1904, pag. 661.

definindo cada legislador nas suas próprias leis os direitos dos estrangeiros, regras de conflitos de leis e regras relativas ao reconhecimento internacional dos direitos adquiridos, essas leis devem prevalecer sobre as leis estrangeiras respeitantes aos mesmos assuntos, aliás deixaria cada Estado de ser senhor na sua própria casa.

A doutrina estabelecida tem importantíssimas aplicações, que iremos apontando à medida que formos estudando os problemas em cuja resolução tenha de ser levada em conta a mesma doutrina.

21—As regras do direito internacional privado podem deixar de conter nos seus preceitos a resolução de todas as questões relativas aos problemas que constituem objecto deste direito. E as *lacunas* das regras de direito internacional privado são relativamente mais numerosas que as lacunas das leis de direito interno, dado o modo de ser ainda muito incompleto dos sistemas de direito internacional privado. Torna-se por isso indispensável estudar o processo ou processos de técnica jurídica próprios para preencher as lacunas e *integrar* as regras deste direito.

É claro que a lacuna só existirá quando, em si e nos seus legítimos corolários, o tratado, a lei interna ou o costume internacional não resolverem determinada questão de direito internacional privado, isto é, quando, pelo teor e pelo espírito das regras de direito existentes, se não possa formular uma solução. Mas, se o teor ou o espírito da regra de direito internacional privado não resolver a questão, deverá o juiz recorrer à *analogia*, como acontece no direito interno, ou deverá recorrer a outros processos de técnica jurídica, próprios do direito internacional privado?

No direito interno, a analogia reveste duas formas características — a *analogia de lei*, que se dá quando o processo lógico de indução se funda num preceito especial de lei, e a *analogia de direito*, quando aquele processo se baseia nos princípios consagrados pela legislação ao regular as instituições jurídicas (*).

A questão resume-se, pois, em saber se, em matéria de direito internacional privado, é lícito recorrer quer à analogia de lei quer à analogia de direito.

Parece-nos evidente que são legítimas uma e outra forma de analogia em face das leis internas de mera iniciativa do Estado. Se este, tendo em consideração o cumprimento do dever internacional que o obriga a reconhecer a personalidade

(*) Dr. Guilherme Moreira, *Instituições de direito civil português*, n.º 29.

jurídica dos estrangeiros, a ter um sistema de regras de conflitos de leis, e a reconhecer os direitos adquiridos em país estrangeiro, e levando em conta as naturais exigências da vida internacional, procura definir nas leis internas a medida dos direitos reconhecidos aos estrangeiros, os critérios de resolução dos conflitos de leis e o grau de valor dos direitos constituídos em país estrangeiro, isso significa certamente que ele estatui os princípios que, em seu entender, devem presidir à resolução dos problemas do direito internacional privado, e por isso é lógico concluir que, se o legislador interno tivesse previsto a situação de facto que se pretende regular juridicamente, teria formulado para ela um preceito igual ao que formulou para a situação análoga (analogia de lei) ou a teria regulado em conformidade com os princípios gerais que informam as leis internas (analogia de direito). Semelhante conclusão é um processo rigoroso de lógica jurídica.

Mas ainda será legítima a analogia de lei ou a analogia de direito em face dos tratados, do costume internacional e das leis internas directamente impostas ou permitidas pelo direito internacional?

O tratado e o costume não só são quasi sempre regras particulares relativas a determinada matéria, mas representam uma *limitação voluntária* da liberdade legislativa do Estado, e por isso não é legítima a sua aplicação a casos que se não contenham no acôrdo dos Estados como êle aí tenha sido estabelecido, a não ser que se trate de corolários contidos de modo certo na norma consuetudinária ou convencional como ela resulta da manifestação da vontade colectiva dos Estados. É a doutrina sustentada por Anzilotti (*) e Cavaglieri, que nos parece juridicamente rigorosa. O último autor escreve: «O perigo de tal erro (na interpretação analógica) é bastante maior no direito internacional, cujas normas são o resultado de uma limitação voluntária que os Estados impõem à sua própria liberdade: limitação que seria arbitrário alargar além dos confins assinados pelo seu acôrdo explícito, a não ser que se trate de corolários contidos implicitamente do modo mais certo na norma comum por êles afirmada. O mútuo reconhecimento é a base sobre que se funda a obrigatoriedade de uma norma de direito internacional. Faltando uma autoridade superior aos Estados, as normas destinadas a regular as suas mútuas relações apenas têm força jurídica enquanto cada um deles espontaneamente as reconhece. Ora, dar a tal reconhecimento, quando falte a mais absoluta segurança, um valor e um alcance superior aos precisamente determinados pelo conteúdo de uma dada norma, quer convencional quer consuetudi-

(*) *Rivista di diritto internazionale*, ano II, 1907, pag. 284.

nária, corre facilmente o perigo de impor a um Estado uma obrigação jurídica que ele nunca teve a intenção de reconhecer, o que seria contrário aos princípios mais elementares do direito internacional»⁽¹⁾.

O mesmo deve dizer-se a respeito das leis internas impostas pelo direito internacional. São estas leis, como a regra de direito internacional que as impõe, uma restrição da liberdade legislativa do Estado e por isso deve limitar-se a sua aplicação aos casos explicitamente nelas contidos ou aos casos que um legítimo corolário das suas regras possa abranger.

E não é diferente a doutrina a seguir a respeito das leis internas permitidas pelo direito internacional. A delimitação do seu conteúdo resulta de uma regra particular de direito internacional e por isso é evidente que o seu preceito não pode ampliar-se além dos casos que explicita ou implicitamente se contêm na regra de direito internacional que as prevê.

Sendo assim, se nem um tratado, nem o costume internacional, considerados em si e nos seus lógicos e legítimos corolários, nem uma lei interna resolvem determinada questão de direito internacional privado, deve o juiz formular uma solução que esteja em harmonia com os princípios em que assentam as regras gerais de direito internacional privado aceitas pelas leis locais. Essas regras indicam a orientação seguida pelo legislador local acerca do cumprimento do seu dever internacional de formular nas suas leis um sistema de regras de direito internacional privado, e parece evidente que os tribunais locais devem conformar as suas decisões com essa orientação.

Para terminar estas ligeiras indicações acerca da integração das regras de direito internacional privado, devemos referir a doutrina de Zittelmann relativa aos termos em que devem ser aplicadas as regras do que ele chama de *direito internacional privado supraestadual* e o *direito internacional privado estadual*.

Segundo aquele autor, as regras do direito supraestadual são regras *secundárias* e, como tais, subsidiárias das regras do direito estadual, que são as regras *primárias*, de modo que o juiz deve aplicar em primeiro lugar as regras primárias, quando elas existirem, e deve, na sua falta, aplicar as regras secundárias⁽²⁾.

Esta doutrina supõe a existência de um sistema completo de direito internacional privado supraestadual, isto é, de direito

internacional privado formado pela vontade colectiva dos Estados, suposição que não é exacta, pois são ainda em pequeno número estas regras e, quando existem, ou são de carácter muito vago ou são de âmbito muito restrito, seja no objecto, seja na extensão. Mas, supondo mesmo que semelhante sistema de regras de direito internacional existia, só poderia ter sido formado por costumes ou tratados normativos, não se compreendendo então que os Estados tivessem participado na sua formação para o preterir por leis internas e o tornar apenas subsidiário destas leis.

A verdade é, em todo o caso, que, dado o carácter vago ou particular e limitativo que hoje têm as regras de direito internacional constituídas pelo costume ou por tratados normativos, não podem ser elementos de formação de um direito internacional privado subsidiário. «O que não quer dizer, escreve Anzilotti, que não se possa admitir uma norma geral de integração que guie o juiz no preenchimento das lacunas das regras de direito internacional privado vigentes no Estado; trata-se, porém, de uma norma interna que estabelece um critério geral dirigente, que pode ser diverso de Estado para Estado, e não de uma remissão para o direito internacional; coisa bem diversa, por isso, das normas secundárias de Zittelmann»⁽¹⁾.

Em nosso entender, este critério dirigente deve ser o que acima deixámos formulado para o caso de nem um tratado, nem o costume, nem uma lei interna resolverem a questão de direito internacional privado submetida à apreciação do juiz.

(1) Cavaglieri, *L'elemento consuetudinario nel diritto internazionale privato*, pag. 123; Conf. Ottolenghi, ob. cit., pag. 20 e seg.; Fedozzi, *Il diritto processuale civile internazionale*, Bologna, 1905, pag. 415 e seg.; Alexandre Alvarez, *La codification du droit international*, Paris, 1912, pag. 157 e seg.

(2) Ob. cit., 1, pag. 197 e seg.

(1) Ob. cit., pag. 148, nota (2).

§ V

Uniformização do direito internacional privado

SUMÁRIO. 22 — Evolução formal do direito internacional privado. 23 — Movimento uniformizador deste direito mediante tratados colectivos. 24 — Tentativas europeias e tentativas americanas. 25 — Resultados na América. Tratados de Montevideo. 26 — Resultados na Europa. Conferências e convenções da Haia. 27 — Tendências.

22—As três fontes do direito internacional privado — o costume, os tratados e as leis internas — não apareceram simultaneamente mas sucessivamente, nem, depois de coexistirem, tem sido de igual importância o seu papel na formação daquele direito.

Quanto à sua revelação histórica, ocupa o primeiro lugar o costume internacional, sendo mediante práticas consuetudinárias que começaram a afirmar-se as regras de direito respeitantes à condição dos estrangeiros, aos conflitos de leis e ao reconhecimento dos direitos adquiridos, ou definidos por sentença, em país estrangeiro. Como aconteceu com o direito interno, o direito internacional privado começou por ser consuetudinário.

Contudo, as mesmas razões que fizeram evolucionar o direito interno no sentido de substituir o direito escrito ao direito consuetudinário — a falta de precisão, a obscuridade e, por consequência, o arbítrio na sua aplicação — fizeram sentir o seu peso no campo de acção do direito internacional privado e também aí começou a operar-se a evolução do direito não escrito para o direito escrito.

Esta transição foi realizada primeiro pelas leis internas, que, diante da incerteza e da insuficiência do costume, procuraram definir a condição dos estrangeiros, a competência legislativa ou judiciária dos Estados civilizados e o valor dos actos praticados em país estrangeiro. Este novo processo de formação das regras de direito internacional privado seguiu também, e naturalmente, a sua linha evolutiva. A princípio, as

leis internas só parcialmente e quasi com timidez, como nota Buzzati⁽¹⁾, formularam aquelas regras, o que aliás é próprio de toda a obra legislativa que começa a estabelecer a regulamentação de relações jurídicas que correspondem a necessidades sociais diferentes daquelas que são reguladas pelas regras de direito já existentes. Estão neste caso os códigos civis europeus anteriores ao Código civil italiano e ao Código civil argentino, os quais estabeleciam regras de direito internacional privado, mas estavam muito longe de formular um sistema de preceitos, mesmo de carácter genérico, que dominassem todas as relações internacionais de carácter privado. Aqueles dois códigos iniciaram, porém, na Europa e na América uma nova era, desenvolvendo o sistema acanhado dos códigos anteriores, procurando formular um sistema completo de princípios gerais que abrangessem já os elementos comuns a todas as relações jurídicas, já cada um dos grupos de relações jurídicas. Depois dos códigos argentino e italiano, são leis típicas como traduzindo a nova orientação, por exemplo, a lei japonesa de 15 de junho de 1898 e o Código civil brasileiro de 1 de janeiro de 1916.

Nas leis internas, o direito internacional privado evoluiu, pois, do ensaio parcial e tímido para o sistema completo de princípios gerais, encontrando-se até já uma ou outra lei interna que procura estabelecer o regime jurídico internacional *especial* de certas relações jurídicas. É típica a lei sueca de 8 de julho de 1904 relativa às regras de conflitos em matéria de condições de validade e de nulidades do casamento, de divórcio e separação de pessoas, e de tutela de menores⁽²⁾, a qual regula especificadamente cada um destes assuntos sob o ponto de vista do direito internacional privado.

Os sistemas nacionais de direito internacional privado revelavam, porém, divergências de preceitos, provenientes da divergência dos critérios que presidiam à sua elaboração. Estas divergências estavam em desarmonia com as necessidades da protecção do indivíduo nas relações internacionais, onde deve assegurar-se, o mais possível, a continuidade no tempo e no espaço da sua situação jurídica, e por isso depressa se considerou indispensável a realização de acordos internacionais no sentido de substituir àquela divergência legislativa regras uniformes de direito internacional privado, que estabelecessem, nas relações dos Estados civilizados, a *comunidade de direito* indispensável à vida jurídica dos indivíduos dentro da sociedade internacional. Daí o aparecimento de um intenso movimento uniformizador do direito internacional privado, que vamos descrever, embora

(1) *Trattato di diritto internazionale privato secondo le convenzioni dell'Ala*, vol. 1, pag. 1.

(2) Encontra-se na *Revue Darras — de Lapradelle*, vol. IV, pag. 519.

a largos traços, nas suas tentativas, nos seus resultados e nas suas tendências (1).

23 — A iniciativa do movimento uniformizador do direito internacional privado partiu da Itália e deve-se a Mancini.

Com efeito, em 1861 e sob o ministério Ricasoli, fez Mancini ao conselho italiano do contencioso diplomático uma proposta no sentido de examinar os «meios mais convenientes para diminuir ou fazer desaparecer o número considerável de controvérsias que quotidianamente surgem com outros Estados da Europa e da América por virtude dos conflitos de leis a aplicar às pessoas, aos bens e aos actos, quer dos italianos no estrangeiro, quer dos estrangeiros na Itália». A proposta foi aprovada e o Governo italiano acolheu benévola-mente as idéas de Mancini, encarregando êste de formular o projecto de um tratado sôbre o assunto e propondo à França a iniciação de negociações com o fim de formular as regras essenciais do direito civil internacional num tratado, ao qual os outros Estados seriam convidados a aderir (2).

Não deram resultado estas primeiras diligências, mas Mancini não desanimou. Em 30 de março de 1865 apresentou à câmara dos deputados uma proposta, aceita pelo Governo e aprovada pela câmara, exprimindo o desejo de que o Governo entabulasse negociações para a revisão geral dos tratados, designadamente dos tratados de garantia dos direitos civis dos nacionais no estrangeiro, e, no relatório do projecto de lei acêrca do tratado de paz com a Áustria, de 3 de outubro de 1866, recomenda ao Governo que proceda em harmonia com a ordem do dia votada em 1863. E por isso certamente que, em 1867, de nôvo o Governo italiano identifica a sua vontade com a vontade de Mancini, e êste recebe, do ministro dos estrangeiros Ratazzi, a *missão officiosa* de empender junto dos Governos francês, alemão e belga negociações confidenciais com o fim de fixar, na medida que as circunstâncias pudessem consentir, algumas normas comuns acêrca da condição civil dos estrangeiros, da extensão e garantia dos seus direitos e da sua mais fácil participação dos benefícios das respectivas legislações, designadamente acêrca da lei reguladora do estado e da capacidade, da propriedade mobiliária e imobiliária, dos actos jurídicos e das sucessões. Mancini ini-

(1) Vide: Anzilotti, *La codificazione del diritto internazionale privato*, Firenze, 1894; Rodrigo Octavio, *A codificação do direito internacional privado*, Porto, 1910; Alexandre Alvares, ob. cit., pag. 251 e seg.

(2) Cattellani, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, vol. II, parte II, e vol. III, pag. 965; Contuzzi, *Commentaire théorique et pratique des conventions de la Haie concernant la codification du droit international privé*, tom. I, pag. 4; Buzzati, ob. cit., pag. 5.

ciou efectivamente as negociações junto dos Governos de Paris, Berlim e Bruxelas, as suas propostas foram acolhidas favoravelmente, obstando, porém, os acontecimentos políticos que nessa época preocupavam os Governos, sobretudo a anexação dos Estados pontifícios ao reino de Itália e a constituição do império alemão, a que se chegasse a um resultado apreciável sôbre a unificação do direito internacional privado (1).

Restabelecida, porém, a tranquilidade europeia, continua Mancini com a mesma fé a sua tarefa, e assim é que: por proposta sua, o *Instituto de direito internacional*, logo na sessão da sua fundação, realizada em Gand em 1873, reconheceu a utilidade e, para certas matérias, a necessidade de tornar obrigatórias para todos os estados civilizados, sob a forma de tratados, um certo número de regras uniformes, para assegurar a decisão também uniforme dos conflitos das leis, e confiou a uma comissão (em que entrava Mancini) o cuidado de estudar a questão e de formular os princípios que pudessem servir de base à codificação do direito internacional privado; e a 14 de novembro do mesmo ano apresenta à câmara dos deputados italiana uma moção, aceita pelo ministro Visconti-Venosta e aprovada unanimemente pela câmara, exprimindo o voto «de que o Governo perseverasse na benemérita iniciativa, tomada havia anos, de promover convenções entre a Itália e as outras nações civilizadas para tornar uniformes e obrigatórias, no interesse dos povos respectivos, as regras essenciais do direito internacional privado».

Em 1874 foi apresentado àquele Instituto, na sessão de Genebra, o primeiro relatório da comissão nomeada em 1873, assinado por Mancini e Asser, os dois grandes propulsores na Europa do movimento unificador do direito internacional privado, que pode ser considerado como a introdução aos trabalhos ulteriores do mesmo Instituto e a base geral da obra de uniformização realizada pelas convenções da Haia, e que terminava por algumas conclusões, votadas naquela sessão e pelas quais o Instituto: 1.º reconheceu a utilidade ou a necessidade de regras convencionais uniformes de direito internacional privado para a resolução das questões relativas às pessoas, aos bens, aos actos jurídicos, às sucessões, ao processo e às sentenças estrangeiras; 2.º emitiu a opinião de que o melhor meio de conseguir semelhante resultado seria o Instituto preparar projectos textuais de tratados, que servissem de base às negociações officiais em conferências diplomáticas; 3.º declarou que os tratados não deviam nem podiam,

(1) Martens, *N. R. G. T. (Nouveau Recueil Général de Traités)*, 2.ª série, tom XVI, pag. 89 e seg.; Contuzzi, ob. cit., pag. 5 e seg.; Buzzati, ob. cit., lugar citado.

sem constituir um obstáculo aos progressos da civilização, impor aos Estados a uniformidade dos seus códigos e das suas leis, mas apenas determinar antecipadamente qual das leis, que pudessem encontrar-se em conflito, seria aplicável às diferentes relações jurídicas; 4.º) e afirmou—que, no estado actual da sciência do direito internacional, seria levar até ao exagêro o principio da independência e da soberania territorial das nações attribuir-lhes o direito rigoroso de recusar aos estrangeiros o reconhecimento de direitos civis e de lhes negar a capacidade jurídica de os exercer por toda a parte,—que esta capacidade existe independentemente dos tratados e de toda a condição de reciprocidade,—e que a admissão dos estrangeiros ao gozo de tais direitos e a aplicação das leis estrangeiras às relações jurídicas que por elas devam ser reguladas não podem ser a consequência de um simples principio de cortesia, mas são o resultado de um *dever de justiça* internacional, dever que só deixará de existir se os direitos dos estrangeiros e a aplicação das leis estrangeiras forem incompatíveis com as instituições políticas ou com a ordem pública local (1).

Entre as sessões do Instituto de 1873 e de 1874 (em janeiro dêste último ano), tornou o Governo holandês *oficial* a iniciativa do Governo italiano de 1867, dirigindo-se aos Governos estrangeiros e propondo-lhes a nomeação de delegados encarregados de elaborar em conferência os principios da regulamentação uniforme da competência judiciária, da execução internacional das sentenças e, de um modo geral, da resolução dos conflitos de leis. A proposta foi em geral bem acolhida, mas a sua rejeição pela França fez com que as negociações não passassem da fase preliminar e a conferência não chegou a reunir-se (2).

Em 1875, o movimento propaga-se à América e a 11 de setembro o Governo do Perú convida os Estados americanos a reunirem-se em congresso em Lima, para estudar o modo de unificar as suas legislações sobre direito internacional privado. O congresso abriu a 9 de setembro de 1877 com representantes da Argentina, Bolívia, Chili, Costa Rica, Equador, Perú e Venezuela, intitulou-se *Congresso dos juristas americanos*, a 9 de novembro de 1878 deu a forma de tratado a uma declaração de principios sobre a lei reguladora do estado e capacidade das pessoas, dos bens móveis ou imóveis, do casamento, das sucessões, sobre os limites da competência dos tribunais, sobre a execução de sentenças e ainda sobre outras matérias de menos

(1) Asser. *La convention de la Haye du 14 novembre 1896 relative à la procédure civile*, pag. 6; *Annuaire de l'Institut de droit international, Tableau général*, 1893, pag. 50.

(2) Renault, *Les conventions de la Haye sur le droit international privé*, pag. 15.

importância. O tratado, a que aderiram a Guatemala e o Uruguai por protocolo de 5 de dezembro de 1878, não chegou, porém, a ser ratificado, substituindo-o uma série de tratados concluídos durante o congresso sul-americano de Montevideo de 1888 a 1889, de que em breve falaremos (3).

Em 1877, faz o Governo italiano uma nova tentativa, agora oficial. Inspirado porventura por Mancini, que era ministro da justiça, empreendeu Crispi negocições para a celebração de uma conferência de direito internacional privado, mas ainda desta vez as negociações foram interrompidas sem se haver obtido resultados favoráveis (4).

Em 1881, é Mancini nomeado ministro dos estrangeiros e, em circular de 16 de setembro dêsse ano, enviada aos representantes do Governo italiano junto dos Governos estrangeiros, anuncia a êstes a resolução de reatar as negociações para a celebração de uma conferência de direito internacional privado, e encarrega-os de perscrutar as disposições dos Governos a êsse respeito. As negociações são com efeito entabuladas e, embora se lhes deparassem hesitações e dificuldades, encontraram acolhimento favorável na maior parte dos Governos. Iam, porém, ainda nos preliminares, quando, a 15 de março de 1884, Twiss, presidente da conferência da *Associação para a reforma e codificação do direito internacional*, realizada em Milão em setembro de 1885, pediu ao Governo italiano, em nome da Associação, que promovesse a reunião de uma conferência diplomática tendente a estabelecer regras uniformes sobre a execução das sentenças estrangeiras, assunto de que a Associação se occupara na conferência de Milão e sobre que votara determinadas conclusões. O Governo italiano atendeu o pedido de Twiss, e Mancini deu às negociações nova orientação, propondo a reunião em Roma de uma conferência especial para estudar o problema da execução das sentenças estrangeiras. Não pondo de parte o seu plano de uma conferência geral e a sua idea constante da codificação do direito internacional privado, formulou contudo o projecto restrito à execução de sentenças, aguardando a oportunidade da celebração da conferência especial, pela presença simultânea em Roma de pessoas versadas nas sciências jurídicas e de delegados dos Governos, para a troca de idéas preliminares e de explicações mais precisas acêrca do tema geral das negociações anteriores. A nova proposta foi bem recebida por quasi todos os Governos. Vinte e dois Estados (5) manifestaram expressamente a sua

(1) Martens, ob. cit., pag. 149 e 266 e seg.

(2) Martens, ob. cit., pag. 241

(3) Argentina, Áustria-Hungria, Bélgica, Colômbia, Costa Rica, Dinamarca, Espanha, França, Grecia, Guatemala, Holanda, Honduras, Inglaterra, Perú, Portugal, Rumania, Rússia, Salvador, Sérvia, Suécia-Noruega, Suíça e Venezuela.

aceitação e a conferência poderia ser formalmente convocada, tanto mais que alguns Governos já tinham nomeado os seus delegados. Obistou, porém, à convocação a reunião também em Roma de uma conferência sanitária, considerada de carácter mais urgente, que efectivamente se realizou naquela cidade em maio de 1885, e, embora Mancini declarasse, em circular de 28 de março desse ano, que a conferência especial de direito internacional privado seria convocada depois que a conferência sanitária ultimasse os seus trabalhos, a verdade é que mais uma vez foi adiado o início da codificação daquele direito (1).

24—O terreno estava contudo preparado, a idéa estava lançada, e em breve havia de ver-se a sua fructificação, primeiro, na América e, depois, na Europa.

Em verdade, a 20 de fevereiro de 1888, resolveram de comum acôrdo os Governos da Argentina e do Uruguai convocar um congresso de juriconsultos das nações da América do Sul, para uniformizar por meio de tratados as regras do direito internacional privado, e a 10 de março do mesmo ano era expedida aos diversos Governos nota de convite para a reunião do congresso em Montevidéu a 25 de agosto, dia em que o congresso efectivamente se constituiu com representantes dos Governos da Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai, Perú e Uruguai. As suas sessões prolongaram-se até 18 de fevereiro de 1889, e durante elas foram concluídos, entre os estados representados, nove tratados sobre processo civil, propriedade literária e artística, patentes de invenção, direito internacional comercial, direito internacional penal, exercício de profissões liberais, direito civil internacional, marcas de comércio, e aplicação das leis dos Estados contratantes, tratados abertos à accessão das outras potências, celebrados por tempo indefinido com a faculdade de denuncia dois anos antes do momento da desoneração, e já ratificados pela Argentina, Bolívia, Paraguai, Perú e Uruguai (2).

O conjunto dos tratados de Montevidéu constituiu um verdadeiro Código de direito internacional privado, cuja organização foi facilitada pela semelhança de raça, costumes, religião, leis e constituição política e social dos Estados sul-americanos, e cuja conclusão tem sido e continuará a ser sugestivo exemplo para todos os Estados aos quais a semelhança fundamental da sua civilização possa permittir a fixação de princípios uniformes

(1) Martens, ob. cit., pag. 89 e seg., e 166 e seg.

(2) *Tratados celebrados pela República Argentina*, Buenos-Aires, 1901, tom. II, pag. 120 e seg.; Buzzati, ob. cit., pag. 23 e seg.

quanto aos direitos dos estrangeiros e à resolução dos conflitos das leis privadas (3).

25—No fim do ano de 1891, o ilustre colaborador de Mancini no Instituto de direito internacional, Asser, professor da Universidade de Amsterdam, advogado nesta cidade e um dos mais autorizados cultores da sciência do direito internacional privado, propõe ao Governo holandês que tome a iniciativa de uma conferência diplomática destinada a determinar as bases de um acôrdo internacional sobre a codificação daquele direito. A sua proposta é acolhida favoravelmente pelo ministro dos negócios estrangeiros Van Tienhoven e em 1892 são entabuladas as negociações para a realização da conferência, enviando o Governo holandês aos Governos estrangeiros uma *memória* indicadora do seu modo de ver a respeito da conferência, em que mostrava a necessidade de fixar regras precisas e uniformes para a solução dos conflitos de leis, principalmente das leis respeitantes ao direito das pessoas e aos direitos de família e de successão, *memória* acompanhada de um *projecto de programa*, sob a forma de questionário, compreendendo *princípios gerais*, respeitantes ao estado e capacidade das pessoas, aos bens e direitos reais, à forma e matéria dos actos jurídicos, e os *direitos de família* — casamento, paternidade e filiação, adoção, pátrio poder, tutela, interdição, successões e testamentos. As negociações correm regularmente, a conferência é convocada para 12 de setembro de 1893 e reúne na Haia desde este dia até ao dia 27 com representantes da Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, França, Holanda, Hungria, Itália, Luxemburgo, Portugal, Rumania, Rússia e Suíça.

Aberta a conferência sob a presidência provisória do ministro Tienhoven e constituída sob a presidência definitiva de Asser, determinou em primeiro lugar o *método* a seguir no estudo das questões de direito internacional privado e as *matérias* sobre que devia recair a sua atenção. O Governo holandês distribuiu aos delegados um ante-projecto de programa preparado pelos delegados neerlandeses e resumindo em oito artigos os princípios fundamentais do direito internacional privado, os quais versavam sobre os assuntos indicados no programa questionário; mas, por proposta de Renault, delegado da França, resolveu a conferência pôr de lado a determinação de princípios, para estudar e procurar regularizar directamente as matérias em que a necessidade de uniformização mais se fazia sentir, como, por exemplo, o

(3) Martens, *N. R. G. T.*, 2.ª série, tom. XVIII, pag. 346 e seg.; *Actas de las sesiones del congreso sud-americano de derecho internacional privado*, Buenos-Aires, 1894.

casamento e a competência judiciária. As matérias escolhidas para estudo foram o casamento, a forma dos actos, as sucessões, a competência judiciária e outras questões de processo, sendo respectivamente nomeadas quatro comissões para as estudarem e sobre elas formularem conclusões. Apresentados e discutidos os trabalhos das comissões, foi assinado no dia 27 de setembro o *Protocolo final*, com as regras a submeter à apreciação dos Governos relativamente ao casamento, à comunicação de actos judiciais e extra-judiciais, a cartas rogatórias, e a sucessões, com este voto — «Os abaixo assinados reconheceram igualmente a utilidade de uma conferência ulterior, para fixar definitivamente o texto das regras incluídas no presente protocolo e para ao mesmo tempo proceder ao exame de outras matérias de direito internacional privado, escolhidas por acôrdo prévio dos diferentes Governos», e com a seguinte declaração — «Os delegados da Holanda anunciaram, em nome do seu Governô, a intenção em que este está de provocar uma nova reunião na Haia, durante o ano próximo»⁽¹⁾.

26 — Pouco tempo depois do encerramento da conferência de 1893 e em face do seu voto final, o Governô holandês, comunicando aos Governos aí representados que tinha em principio sancionado todas as resoluções da conferência, propôs-lhes a aceitação destas resoluções como base dos trabalhos posteriores, e, esperando favorável acolhimento, propôs-lhes mais a reunião de uma segunda conferência na Haia no dia 25 de junho de 1894, e submeteu ao seu exame um ante-projecto de programa contendo as matérias começadas a discutir na primeira conferência e sobre que esta se pronunciara no protocolo final — *casamento, sucessões e processo*, e duas matérias novas — *tutela e falência*. O resultado das negociações foi inteiramente favorável, pois a proposta do Governô holandês foi aceita por todos os Governos representados na conferência de 1893 e bem assim pela Suécia e pela Noruega.

A conferência, que só foi aberta no dia 26 de junho como prova de atenção para com a França enlutada pelo assassinato do presidente Carnot, foi inaugurada pelo ministro dos estrangeiros neerlandês Röel, mas foi de novo dada a Asser a presidência definitiva. Foram nomeadas cinco comissões encarregadas do estudo das matérias contidas no ante-projecto de programa, cumprindo às três primeiras comissões rever e completar as conclusões votadas pela conferência de 1893 sobre

⁽¹⁾ *Actes de la conférence de la Haye de droit international privé* (12 a 27 de setembro de 1893); Asser, ob. cit., pag. 9 e seg.; Renault, ob. cit., pag. 17.

casamento, sucessões e processo, devendo as duas últimas redigir projectos de conclusões sobre a tutela e a falência. A conferência examinou nas sessões seguintes as matérias do programa e as matérias novas e votou sobre elas as suas conclusões, que incluiu no *Protocolo final*, assinado a 13 de julho seguinte e destinado à apreciação dos Governos representados⁽²⁾.

Encerrada a conferência, pensou naturalmente o Governô holandês nas medidas a adoptar para conduzir os outros Governos a aceitarem as conclusões aí votadas e a convertê-las em regras legais nos Estados representados, quer por meio de convenções internacionais, quer por meio de leis nacionais uniformes. Depois de examinar maduramente a questão, resolveu habilmente o gabinete da Haia destacar das conclusões votadas pela conferência as relativas ao processo civil e propor às potências a conclusão de uma convenção destinada a dar força legal às regras contidas nessas conclusões. Porque semelhantes conclusões tinham por objecto disposições de verdadeiro interesse prático (comunicação de actos judiciais ou extra-judiciais, cartas rogatórias, *cautio judicatum solvi*, assistência judiciária gratuita, prisão por dívidas), não pareciam de natureza a levantar grandes objecções por parte dos Governos, e, porque se tratava de um primeiro ensaio de codificação do direito internacional privado, pareceu prudente não complicar as negociações propondo a conversão em tratados simultaneamente de todas as conclusões votadas pela conferência, mas reservar as conclusões relativas ao direito civil para depois de entrar em vigor a convenção sobre processo civil.

Nesta conformidade comunicou o Governô dos Países Baixos em novembro de 1894 o projecto de convenção às potências representadas na conferência, acompanhando-o de uma nota explicativa da sua escolha e do seu procedimento. Os Governos examinaram o projecto de modo que a 14 de novembro de 1896 pôde este ser convertido em convenção assinada pela Bélgica, França, Espanha, Holanda, Itália, Luxemburgo, Portugal e Suíça, a 1 de fevereiro de 1897 assinaram a Suécia e a Noruega o protocolo de adesão à convenção, a 22 de maio do mesmo ano subscreveram um protocolo adicional esclarecendo e completando a convenção as potências signatárias e aderentes, até 30 de dezembro prestaram a sua adesão à convenção e ao protocolo as demais potências representadas na conferência, a 27 de abril de 1899 é assinado o depósito das ratificações, e a 25 de maio do mesmo ano entra em vigor a convenção sobre processo

⁽²⁾ *Actes de la deuxième conférence de droit international privé* (25 de junho a 13 de julho de 1894); Asser, ob. cit., pag. 42 e seg.; Renault, ob. cit., pag. 24.

civil. Começa assim a realizar-se na Europa a idéa querida de Mancini por obra da vontade enérgica de Asser ⁽¹⁾.

27— Ainda no decurso das negociações para a aprovação final e entrada em vigor da convenção de processo civil, foram iniciados pelo Governo holandês os trabalhos preparatórios de uma terceira conferência destinada à codificação de diferentes capítulos do direito internacional privado. Para facilitar a consecução de resultados práticos sem grande perda de tempo, nomeou aquele Governo, por proposta de Asser e em decreto de 20 de fevereiro de 1897, uma comissão especial encarregada dos trabalhos preparatórios e convidou as potências a seguir o seu exemplo, que foi em breve imitado pela Bélgica, França e Rússia com a nomeação de comissões especiais de direito internacional privado. Ainda segundo a proposta de Asser, a comissão neerlandesa devia rever as conclusões formuladas pelas conferências anteriores que pudessem ser definitivamente aprovadas por uma terceira conferência internacional e redigir assim para esta terceira conferência um projecto de programa que seria submetido à apreciação das potências pelo Governo holandês, os diferentes Governos seriam convidados a enviar ao Governo da Haia as observações que lhes merecesse o projecto de programa, estas observações seriam reunidas pela comissão neerlandesa num só trabalho destinado a dar facilmente um resumo das diversas propostas, e este trabalho seria enviado às potências antes da abertura da conferência para o efeito de servir de base às instruções a dar aos delegados. A comissão, de que era presidente Asser, procedendo em harmonia com estas indicações, organizou o projecto de programa sobre as três questões — *casamento* (condições de validade, efeitos sobre o estado da mulher e dos filhos e sobre os bens dos esposos, divórcio e separação de pessoas), *tutela de menores, sucessões, testamentos, doações, mortis causa* — e, depois de aquele projecto ser submetido à apreciação dos Governos e de estes terem comunicado ao Governo holandês as suas observações, estudou todas as notas e relatórios recebidos e organizou um quadro sistemático com a indicação, sobre cada artigo do projecto de programa, do texto das propostas e emendas formuladas pelos Governos. Este quadro, acompanhado do texto das mencionadas notas e relatórios, que constituiu um interessante volume intitulado *Documents relatifs à la troisième conférence de la Haye pour le droit international privé*, foi enviado em março de 1900 aos Gover-

nos representados nas conferências de 1893 e 1894 e convidados para a terceira conferência, que foi aberta na Haia a 25 de maio do mesmo ano de 1900.

Aberta sob a presidência do ministro dos estrangeiros neerlandês Beaufort e constituída definitivamente sob a presidência de Asser, elegeu a conferência cinco comissões, três para o estudo das questões do projecto de programa — casamento, sucessões e tutela de menores, devendo a terceira comissão completar o seu trabalho com a organização de um projecto sobre a tutela de maiores (interdição), a quarta para escolher as questões que deviam ser objecto de um exame ulterior, e a quinta para redacção definitiva dos projectos, — discutiu e apreciou em dez sessões as matérias do projecto de programa revistas pelas comissões e as matérias novas propostas pela terceira comissão (tutela de maiores e expedição de certificados sobre a legislação em vigor num Estado) e pela quarta (falência) — e assinou a 18 de junho o *Protocolo final* com quatro projectos de convenções sobre a resolução de conflitos de leis em matéria de casamento (condições de validade), sobre a resolução de conflitos de leis e de jurisdições em matéria de divórcio e separação de pessoas, sobre a resolução de conflitos de leis e de jurisdições em matéria de tutela de menores, e sobre a resolução de conflitos de leis em matéria de sucessões, testamentos e doações *mortis causa*, e com o duplo voto: a) de que o Governo holandês transmitisse quando julgasse oportuno aos Governos representados na conferência os relatórios e os ante-projectos organizados pela conferência, referentes aos *efeitos do casamento sobre o estado da mulher e dos filhos, aos efeitos do casamento sobre os bens dos cônjuges, aos efeitos do divórcio e da separação de pessoas, à tutela dos maiores, à falência e à expedição de certificados de leis*, acompanhados de um projecto de programa e do convite aos mesmos Estados para comunicarem as suas observações sobre esse projecto, segundo o processo adoptado na preparação da conferência que ia terminar, a fim de que o mesmo projecto pudesse fazer objecto das deliberações de uma quarta conferência de direito internacional privado; b) e de que a competência dos tribunais em matéria de sucessões, de testamentos e de doações *mortis causa* fizesse objecto de um acôrdo ulterior (*).

O Governo holandês tinha assim diante de si uma dupla tarefa: negociar a assinatura dos tratados cujos projectos foram votados pela terceira conferência, e preparar a reunião de uma quarta conferência de direito internacional privado.

(1) Carta régia de 28 de julho de 1898. Conf. *Diário das sessões da câmara dos deputados de 1898*, pag. 1247, e da câmara dos pares do mesmo ano, pag. 416; Asser, ob. cit., pag. 73.

(*) *Actes de la troisième conférence de la Haye pour le droit international privé*, Haye, 1900; Asser, ob. cit., pag. 75; Renault, ob. cit., pag. 25.

A ambas se entregou com dedicada boa vontade e ambas realizou com relativo successo.

Poucos meses depois do encerramento da terceira conferência, o Governo da Haia comunicou aos demais Governos que aceitava os quatro projectos de convenção votados pela conferência, e convidou os mesmos Governos a declarar se igualmente os aceitavam. Mas, como as negociações mostrassem que apenas os três primeiros projectos poderiam ser assinados pela maior parte dos Estados representados na conferência, só elles foram a final propostos à assinatura, que teve lugar na Haia a 12 de junho de 1902, ficando o quarto projecto reservado para um exame ulterior. Assinaram as três convenções a Alemanha, Áustria-Hungria, Bélgica, Espanha, França, Holanda, Itália, Luxemburgo, Portugal, Rumania, Suécia e Suíça, abstenendo-se a Dinamarca e a Noruega, por virude de ser lei pessoal nestes países a lei do domicilio e a conferência ter consagrado a lei da nacionalidade, bem como a Rússia, certamente por a conferência não ter atendido a proposta do seu primeiro delegado (De Martens) para que o casamento contraído no estrangeiro, entre individuos um dos quais pertencesse a um país cuja legislação exija uma celebração religiosa, fôsse reconhecido como válido quando celebrado pelo clérigo competente. A maioria dos signatários (Alemanha, Bélgica, França, Holanda, Luxemburgo, Rumania e Suécia) ratificou de modo que o depósito das ratificações pôde ser feito e assinado em 1 de junho de 1904 (já estava reunida a quarta conferência), e, por força de uma disposição comum das convenções, que determinava que estas começariam a vigorar sessenta dias depois do depósito das ratificações, tornaram-se ellas leis dos Estados indicados no dia 1 de agosto de 1904 (1).

28 — Para se desempenhar da segunda parte da sua missão, no desejo sempre firme de fazer progredir a codificação do

(1) Além dos Estados indicados no texto, ratificaram as três convenções de 1902 a Hungria, Italia, Portugal e a Suíça, e ratificou a relativa à tutela a Espanha. (Vide: carta régia de 7 de fevereiro de 1907 e nota junta: *Sinopse de tratados*, de 1911, pag. 9; *Diário do Governo* n.º 254 de 31 de outubro de 1911).

Alguns dos Estados referidos deixaram, porém, de ser Estados contratantes. Assim: a) a França denunciou as três convenções em 1915, deixando as mesmas convenções de vigorar nas suas relações com os demais Estados contratantes no dia 1 de junho de 1914 (*Diário do Governo*, n.º 237 de 9 de dezembro de 1913; b) a Bélgica denunciou as convenções relativas ao casamento e ao divórcio e separação de pessoas em 1918, deixando essas convenções de vigorar nas suas relações com os outros Estados contratantes no dia 1 de junho de 1919 (*Diário do Governo*, 1.ª série, n.º 24 de 5 de fevereiro de 1919; c) os artigos 282.º e seg. do tratado de paz com a Alemanha, de 28 de junho de 1919, e os artigos 217.º e seg. do tratado de paz com a Hungria, de 4 de junho de 1920, indicando, dos tratados anteriores à guerra,

direito internacional privado e de tornar effectivo o voto final da conferência de 1900, propôs o gabinete da Haia às potências, em outubro de 1902, a reiniação de uma quarta conferência para o outono de 1903; organizou o projecto de programa da conferência com estas matérias — revisão da convenção de processo civil, no intuito de verificar se a experiência aconselhava algumas modificações no fim do primeiro período da sua vigência (que é de cinco anos, como de resto para as demais convenções), — projecto de convenção sobre successões votado pela terceira conferência acompanhado do projecto transaccional da comissão holandesa, — effects do casamento sobre o estado e capacidade da mulher, sobre os bens dos esposos, e effects do divórcio e separação de pessoas — e tutela de maiores, enviou-o aos Governos com o pedido de estes lhe remeterem as suas observações a fim de a comissão neerlandesa formar um quadro sistemático semelhante ao preparado para a última conferência, que pudesse ser-lhes enviado, como então, em tempo útil antes da conferência.

Os trabalhos preparatórios seguiram em harmonia com o plano indicado pelo Governo holandês. A conferência foi convocada para a Haia para o dia 16 de maio de 1904, abrindo-a, como de costume, o ministro dos estrangeiros neerlandês, agora Melvil de Lynden, sendo confiada a presidência definitiva a Asser, como se fizera em todas as conferências anteriores, e estando representados todos os Estados que haviam enviado delegados à conferência de 1900 e bem assim o Japão, que, tendo manifestado o desejo de participar nos trabalhos da conferência, foi unanimemente admitido a cooperar com os Estados europeus. Na segunda sessão, 17 de maio, foram nomeadas cinco comissões para o estudo das matérias do programa e a mais uma comissão de redacção; e, apreciando nas sessões seguintes as matérias submetidas ao seu exame, assinou a conferência no dia 7 de junho o *Protocolo final*, que contém: um projecto de convenção relativa ao processo civil, destinado a substituir a convenção de 1896 e o protocolo adicional de 1897; um projecto de convenção sobre os conflitos de leis em matéria de successões e testamentos; um projecto de convenção sobre os conflitos de leis relativos aos effects do casamento sobre os direitos e deveres dos cônjuges nas relações pessoais

aqueles que seriam applicados entre os aliados ou associados, de uma parte, e a Alemanha e a Hungria, da outra parte, apenas mencionaram a convenção relativa à tutela, devendo por isso considerar-se revogadas as convenções relativas ao casamento e ao divórcio, que continuam, contudo, em vigor nas relações entre a Alemanha e a Hungria, bem como entre estes Estados e os Estados neutros que não as denunciaram — Holanda, Luxemburgo, Suécia e Suíça, do mesmo modo que entre estes Estados e os Estados aliados que também as não denunciaram — Itália, Portugal e Rumania.

e sobre os bens dos cônjuges; um projecto de convenção referente à interdição e às medidas de protecção análogas; um projecto relativo à falência (1); dois votos, o primeiro no sentido de o Governo holandês convocar, o mais cedo possível depois da assinatura da convenção sobre sucessões e testamentos, uma nova conferência para o fim especial de preparar o protocolo adicional visado no artigo 6.º § 2.º (2) da referida convenção e a convenção relativa à competência e ao processo em matéria de sucessões e testamentos visada no artigo 8.º (3), e o segundo respeitante à convenção sobre processo civil; e por fim um pedido ao Governo da Haia para que mais uma vez promovesse a realização dos votos emitidos pela terceira conferência relativamente ao projecto sobre os efeitos do divórcio e da separação de pessoas e para que atendessem a proposta do Governo alemão relativa aos efeitos do casamento sobre a legitimidade dos filhos, isto é, para que promovesse uma nova conferência em que se estudassem esses assuntos (4).

A quarta conferência renovou para o Governo holandês o duplo encargo de negociar a conversão em tratados dos projectos votados e de promover a reunião de novas conferências para continuar a obra da codificação do direito internacional privado.

De parte de tão alta missão já aquele Governo se desempenhou. Efectivamente, a 17 de julho de 1905 foram assinadas na Haia quatro convenções sobre processo civil, sobre conflitos de leis em matéria de sucessões e testamentos, sobre conflitos de leis relativas aos efeitos do casamento sobre as relações pessoais e patrimoniais dos cônjuges, e sobre a interdição e medidas de protecção análogas.

A convenção sobre processo civil, destinada a substituir a convenção de 14 de novembro de 1896 e o protocolo adicional de 22 de maio de 1897, foi assinada e ratificada por todos os Estados que haviam assinado ou aderido à convenção de 1896, isto é, pela Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, França, Ho-

(1) O texto deste projecto não é destinado a uma convenção plurilateral, mas apenas a servir de base a convenções bilaterais entre os Estados representados.

(2) Texto do § 2.º: «É reservada em cada Estado a aplicação das suas leis, de natureza imperativa ou proibitiva, concernentes às matérias que forem indicadas de comum acordo pelos Estados contratantes num protocolo adicional, destinado a ser ratificado ao mesmo tempo que a presente convenção».

(3) Texto do art. 8.º «Logo que seja possível, depois da assinatura da presente convenção, os Estados contratantes estabelecerão de comum acordo as regras relativas à competência e ao processo em matéria de sucessões e de testamentos. A convenção que conviver estas regras será ratificada ao mesmo tempo que a presente convenção».

(4) *Actes de la quatrième conférence de la Haye pour le droit international privé*, Haye, 1904; *Documents relatifs à la quatrième conférence de la Haye pour le droit international privé*, Haye, 1904.

landa, Húngria, Itália, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Roménia, Rússia, Suécia e Suíça (1).

A convenção relativa aos efeitos do casamento foi assinada pela Alemanha, Bélgica, França, Holanda, Itália, Portugal, Roménia e Suécia e foi ratificada por todos estes Estados (2).

A convenção relativa à interdição e medidas de protecção análogas foi assinada pela Alemanha, Áustria, Húngria, França, Holanda, Itália, Portugal, Roménia e Suécia e foi ratificada por todos os Estados signatários, à excepção da Áustria e da Suécia (3).

(1) O depósito das ratificações foi feito na Haia no dia 24 de abril de 1909 por todos os Estados signatários, à excepção do Luxemburgo, entrando a convenção em vigor, nas relações dos Estados que fizeram o depósito na mesma data, no dia 27 do mesmo mês e ano. O Luxemburgo fez o depósito da ratificação no dia 5 de agosto do referido ano de 1909. Portugal aprovou a convenção por lei de 17 de setembro de 1908 e ratificou-a por carta régia de 51 de março de 1909. (*Diário do Governo*, n.ºs 187 e 236 de 21 de agosto e 11 de novembro de 1909).

A convenção sobre processo civil foi ressalvada pelos tratados de paz com a Alemanha (art. 287.º), com a Áustria (art. 528.º) e com a Húngria (art. 221.º), nos termos seguintes: «Desde a entrada em vigor do presente tratado, as Altas partes contratantes aplicarão, no que lhes diz respeito, a convenção, da Haia de 17 de julho de 1905 relativa ao processo civil. *Todavia esta disposição fica e ficará sem efeito quanto à França, Portugal e Roménia*». Esta restrição deve ser entendida no sentido de que a França, Portugal e a Roménia deixaram de ficar sujeitos à convenção nas relações com a Alemanha, Áustria e Húngria, continuando contudo a convenção a vigorar nas relações entre estes três Estados e os outros Estados contratantes, assim como nas relações dos três Estados entre si e nas relações mútuas dos outros Estados contratantes.

(2) Os Estados signatários, à excepção da Bélgica, fizeram o depósito das ratificações na Haia no dia 24 de junho de 1912, entrando a convenção em vigor, nas relações dos Estados depositantes, no sexagésimo dia posterior a essa data, por força do artigo 14.º da mesma convenção. A Bélgica fez o depósito do seu instrumento de ratificação no dia 15 de fevereiro de 1913 (*Diário do Governo*, n.º 175 de 27 de julho de 1912, e n.º 89 de 17 de abril de 1913).

Portugal aprovou a convenção por lei de 17 de setembro de 1908 e ratificou-a por carta de ratificação de 12 de junho de 1912.

Importa observar que: a) a França denunciou a convenção em 1916, em ordem a desligar-se dos seus preceitos no fim do primeiro quinquênio, isto é, no dia 24 de junho de 1917 (*Diário do Governo*, 1.ª série, n.º 58 de 14 de abril de 1917); b) o tratado de paz com a Alemanha não restabeleceu as duas convenções de 1905 relativas aos efeitos do casamento e à interdição, deixando por isso estas convenções de vigorar nas relações com a Alemanha, embora devam considerar-se em vigor nas relações de todos os outros Estados contratantes.

(3) Portugal aprovou e ratificou esta convenção por lei e carta de ratificação e confirmação das mesmas data daquelas por que aprovou e ratificou a convenção anterior.

Esta convenção foi denunciada pela França, nos termos em que o foi a convenção anterior, e deixou de ser restabelecida nos tratados de paz com a Alemanha e com a Húngria.

e sobre os bens dos cônjuges; um projecto de convenção referente à interdição e às medidas de protecção análogas; um projecto relativo à falência (1); dois votos, o primeiro no sentido de o Governo holandês convocar, o mais cedo possível depois da assinatura da convenção sobre sucessões e testamentos, uma nova conferência para o fim especial de preparar o protocolo adicional visado no artigo 6.º § 2.º (2) da referida convenção e a convenção relativa à competência e ao processo em matéria de sucessões e testamentos visada no artigo 8.º (3), e o segundo respeitante à convenção sobre processo civil; e por fim um pedido ao Governo da Haia para que mais uma vez promovesse a realização dos votos emitidos pela terceira conferência relativamente ao projecto sobre os efeitos do divórcio e da separação de pessoas e para que atendesse a proposta do Governo alemão relativa aos efeitos do casamento sobre a legitimidade dos filhos, isto é, para que promovesse uma nova conferência em que se estudassem esses assuntos (4).

A quarta conferência renovou para o Governo holandês o duplo encargo de negociar a conversão em tratados dos projectos votados e de promover a reunião de novas conferências para continuar a obra da codificação do direito internacional privado.

De parte de tão alta missão já aquele Governo se desempenhou. Efectivamente, a 17 de julho de 1905 foram assinadas na Haia quatro convenções sobre processo civil, sobre conflitos de leis em matéria de sucessões e testamentos, sobre conflitos de leis relativas aos efeitos do casamento sobre as relações pessoais e patrimoniais dos cônjuges, e sobre a interdição e medidas de protecção análogas.

A convenção sobre processo civil, destinada a substituir a convenção de 14 de novembro de 1896 e o protocolo adicional de 22 de maio de 1897, foi assinada e ratificada por todos os Estados que haviam assinado ou aderido à convenção de 1896, isto é, pela Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, França, Ho-

(1) O texto deste projecto não é destinado a uma convenção plurilateral, mas apenas a servir de base a convenções bilaterais entre os Estados representados.

(2) Texto do § 2.º: «É reservada em cada Estado a aplicação das suas leis, de natureza imperativa ou proibitiva, concernentes às matérias que forem indicadas de comum acórdão pelos Estados contratantes num protocolo adicional, destinado a ser ratificado ao mesmo tempo que a presente convenção».

(3) Texto do art. 8.º «Logo que seja possível, depois da assinatura da presente convenção, os Estados contratantes estabelecerão de comum acórdão as regras relativas à competência e ao processo em matéria de sucessões e de testamentos. A convenção que contiver estas regras será ratificada ao mesmo tempo que a presente convenção».

(4) *Actes de la quatrième conférence de la Haye pour le droit international privé*, Haye, 1904; *Documents relatifs à la quatrième conférence de la Haye pour le droit international privé*, Haye, 1904.

landa, Húngria, Itália, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Roménia, Rússia, Suécia e Suíça (1).

A convenção relativa aos efeitos do casamento foi assinada pela Alemanha, Bélgica, França, Holanda, Itália, Portugal, Roménia e Suécia e foi ratificada por todos estes Estados (2).

A convenção relativa à interdição e medidas de protecção análogas foi assinada pela Alemanha, Áustria, Húngria, França, Holanda, Itália, Portugal, Roménia e Suécia e foi ratificada por todos os Estados signatários, à excepção da Áustria e da Suécia (3).

(1) O depósito das ratificações foi feito na Haia no dia 24 de abril de 1909 por todos os Estados signatários, à excepção do Luxemburgo, entrando a convenção em vigor, nas relações dos Estados que fizeram o depósito naquela data, no dia 27 do mesmo mês e ano. O Luxemburgo fez o depósito da ratificação no dia 3 de agosto do referido ano de 1909. Portugal aprovou a convenção por lei de 17 de setembro de 1908 e ratificou-a por carta régua de 31 de março de 1909. (*Diário do Governo*, n.ºs 187 e 256 de 21 de agosto e 11 de novembro de 1909).

A convenção sobre processo civil foi ressaltada pelos tratados de paz com a Alemanha (art. 287.º), com a Áustria (art. 328.º) e com a Húngria (art. 221.º), nos termos seguintes: «Desde a entrada em vigor do presente tratado, as Altas partes contratantes aplicarão, no que lhes diz respeito, a convenção, da Haia de 17 de julho de 1905 relativa ao processo civil. *Todavía esta disposición fica e ficará sem efeito quanto à França, Portugal e Roménia*». Esta restrição deve ser entendida no sentido de que a França, Portugal e a Roménia deixaram de ficar sujeitos à convenção nas relações com a Alemanha, Áustria e Húngria, continuando contudo a convenção a vigorar nas relações entre estes três Estados e os outros Estados contratantes, assim como nas relações dos três Estados entre si e nas relações mútuas dos outros Estados contratantes.

(2) Os Estados signatários, à excepção da Bélgica, fizeram o depósito das ratificações na Haia no dia 24 de junho de 1912, entrando a convenção em vigor, nas relações dos Estados depositantes, no sexagésimo dia posterior a essa data, por força do artigo 14.º da mesma convenção. A Bélgica fez o depósito do seu instrumento de ratificação no dia 15 de fevereiro de 1913 (*Diário do Governo*, n.º 175 de 27 de julho de 1912, e n.º 89 de 17 de abril de 1913).

Portugal aprovou a convenção por lei de 17 de setembro de 1908 e ratificou-a por carta de ratificação de 12 de junho de 1912.

Importa observar que: a) a França denunciou a convenção em 1916, em ordem a desligar-se dos seus preceitos no fim do primeiro quinquénio. Isto é, no dia 24 de junho de 1917 (*Diário do Governo*, 1.ª série, n.º 58 de 14 de abril de 1917); b) o tratado de paz com a Alemanha não restabeleceu as duas convenções de 1905 relativas aos efeitos do casamento e à interdição, deixando por isso estas convenções de vigorar nas relações com a Alemanha, embora devam considerar-se em vigor nas relações de todos os outros Estados contratantes.

(3) Portugal aprovou e ratificou esta convenção por lei e carta de ratificação e confirmação das mesmas data daquelas por que aprovou e ratificou a convenção anterior.

Esta convenção foi denunciada pela França, nos termos em que o foi a convenção anterior, e deixou de ser restabelecida nos tratados de paz com a Alemanha e com a Húngria.

A convenção sobre sucessões foi assinada pela Alemanha, França, Holanda, Itália, Portugal, Romênia e Suécia, mas tem a sua ratificação pendente da realização de uma nova conferência em que se fixem as regras de competência e de processo em matéria de sucessões e de testamentos, bem como da organização de um protocolo adicional em que sejam indicadas as leis imperativas e proibitivas relativas à sucessão e que os mesmos Estados desejem aplicar tanto a nacionais como a estrangeiros, como dispõem o artigo 6.º, § 2.º, e o artigo 8.º da própria convenção (1).

29—A obra de Montevideo e a obra da Haia já realizadas são alguma coisa como resultado do movimento de uniformização do direito internacional privado, mas são ainda muito pouco, quer em extensão geográfica, quer em extensão objetiva, para a constituição da comunidade de direito a que tende aquele movimento e para a satisfação da necessidade de continuidade e de permanência da situação jurídica dos indivíduos dentro da sociedade internacional. É por isso natural que o impulso evolutivo, que já produziu os tratados de 1889 e as convenções de 1896, 1902 e 1905, continue a revelar-se em factos-tendências onde ainda não pôde afirmar-se em factos-*resultados*.

E, com efeito, pode observar-se uma série de factos que traduzem a tendência para uma mais larga uniformização, tendência que só findará quando, sobre as divergências de nacionalidades e de leis internas, se tiver formado a comunidade de direito suficiente para assegurar a todos os interesses humanos que revistam feição internacional a mais completa protecção do direito por um regime de justa coordenação onde não possa estabelecer-se um regime de uniformidade. Eis os factos principais:

a) *Projecto de uma quinta conferência da Haia*. No projecto de convenção sobre sucessões votado na conferência de 1904 previa-se a realização de uma nova conferência em que fossem preparados a convenção e o protocolo visados no artigo 6.º, § 2.º, e artigo 8.º, e, além disso, a terceira comissão da mesma conferência de 1904 havia emitido o voto de que uma nova conferência estudasse os efeitos do divórcio e da separação, bem como os efeitos do casamento sobre a legitimidade dos filhos (2).

Tornava-se assim necessária uma nova conferência que se ocupasse destes assuntos. Essa necessidade foi reconhecida

pela conferência de 1904, a qual emitiu os dois seguintes votos: a) «a conferência emite o voto de que o Governo dos Países Baixos convoque, o mais cedo possível depois da assinatura da convenção sobre sucessões e testamentos, uma nova conferência, que teria por mandato preparar o protocolo adicional visado no artigo 6.º, § 2.º, bem como a convenção relativa à competência e ao processo em matéria de sucessões e de testamentos visada no artigo 8.º; b) em último lugar, resolveu a conferência recomendar à atenção do Governo real dos Países Baixos os votos emitidos pela terceira comissão a respeito do projecto sobre os efeitos do divórcio e da separação de pessoas, bem como a proposta do Governo alemão relativa aos efeitos do casamento sobre a legitimidade dos filhos» (3).

A quinta conferência da Haia não chegou ainda a realizar-se, mas constituía a seqüência lógica dos trabalhos das conferências anteriores e por isso é natural que seja convocada ou, pelo menos, substituída por uma conferência de fim semelhante, quando as circunstâncias o permitirem.

b) *Conferências da letra de câmbio*. Continuando um movimento que havia começado meio século antes, o Governo holandês, por iniciativa dos Governos alemão e italiano, convocou em 1910 a *Conferência da Haia para a unificação do direito relativo à letra de câmbio*. A conferência reuniu no dia 23 de junho de 1910, com representantes da Alemanha, Estados Unidos da América, Áustria, Húngria, Bélgica, Brasil, Bulgária, Chile, China, Costa-Rica, Dinamarca, Espanha, França, Inglaterra, Haiti, Holanda, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Montenegro, Nicarágua, Noruega, Paraguai, Holanda, Portugal, Rússia, Sérvia, Sião, Suécia, Suíça e Turquia, durando as suas sessões até 25 de julho, data em que foram assinados o ante-projecto duma convenção e o ante-projecto de uma *lei uniforme* sobre letras e livranças (*Lettre de change et billet à ordre*) (4). Embora a convenção se propusesse fundamentalmente *uniformizar* o direito cambiário e portanto eliminar os conflitos de leis sobre o assunto, como o projecto de uniformização não era completo, não abrangendo a capacidade cambiária, a forma de todas as obrigações assumidas em matéria de letras e a forma do protesto e dos outros actos necessários ao exercício ou à conservação de direitos em matéria de letras, inseriu o ante-projecto de lei uniforme três artigos (85.º a 85.º) contendo regras de resolução dos conflitos de leis que pudessem surgir sobre esses assuntos. E assim, onde não pudesse chegar a uniformização do direito interno, eram propostas regras uniformes de direito internacional privado.

(1) Portugal aprovou a convenção relativa as sucessões por lei de 17 de setembro de 1908, mas, como resulta do que fica dito no texto, esse facto não pode ter por enquanto valor algum.

(2) *Actes*, IV, pag. 186.

(3) *Actes*, IV, pag. 225 e 224.

(4) *Conférence de la Haye pour l'unification du droit relatif à lettre de change etc.*, 1910, *Actes*, pag. 15 e 36; e seg.

como igualmente domina o espírito europeu. Os factos já verificados autorizam a conclusão de que aquela unificação há de ser uma realidade. É uma questão de tempo.

c) *Tratados de paz.* Nos tratados de paz que puseram termo à grande guerra de 1914 a 1918, isto é, o tratado com a Alemanha, assinado em Versailles a 28 de junho de 1919, o tratado com a Áustria, assinado em S. Germain a 10 de setembro de 1919, o tratado com a Bulgária, assinado em Neuilly a 27 de novembro de 1919, o tratado com a Húngria, assinado no Trianon a 4 de junho de 1920, e o tratado com a Turquia, assinado em Sèvres a 29 de agosto de 1920, não foram estabelecidas regras gerais de direito internacional privado, de modo a poderem os mesmos tratados ser considerados como traduzindo a tendência de uniformização deste direito. Contêm, porém, os mesmos tratados duas ordens de disposições que podem conduzir ao desenvolvimento daquela uniformização. São o pacto da constituição da Sociedade das nações (art. 1.º a 36.º) e os preceitos relativos à legislação internacional do trabalho.

No pacto, cria-se a assembleia de representantes dos Estados para o efeito de realizar o pensamento que presidiu à criação da Sociedade das nações, uma das manifestações deste pensamento é a observância do direito internacional como regra da conduta das nações, e por isso é de esperar que a mesma Sociedade tome a iniciativa da reunião de conferências especiais destinadas a continuar a obra das conferências da Haia, alargando no espaço e no objecto os resultados obtidos por estas conferências.

Os preceitos relativos à legislação internacional do trabalho, não só criaram a *Conferência internacional do trabalho* (1), destinada a formular sobre bases justas aquela *legislação*, à qual compete naturalmente regular a condição jurídica dos operários estrangeiros, mas definiram alguns dos princípios que devem presidir à organização da mesma legislação, entre os quais aparece este: «As regras formuladas em cada país a respeito das condições do trabalho deverão assegurar um tratamento económico equitativo a todos os trabalhadores que residam legalmente no país», o qual visa evidentemente a condição jurídica dos operários estrangeiros. Pode, pois, dizer-se que os tratados de paz marcam o início da formação do direito internacional privado operário segundo moldes mais amplos do que aqueles em que até agora tem sido vasado.

d) *Conferência internacional do trabalho.* A conferência

(1) Tratados — com a Alemanha, artigo 387.º e seg., — com a Áustria, artigo 332.º e seg., — com a Bulgária, artigo 249.º e seg., — com a Húngria, artigo 315.º e seg., — e com a Turquia, artigo 374.º e seg.

criada pelos tratados de paz para organizar a legislação internacional do trabalho, que deve reunir, pelo menos, uma vez por ano, já realizou duas sessões, uma em Washington de 29 de outubro a 29 de novembro de 1919, e outra em Genebra de 15 de junho a 10 de julho de 1920, estando já designado o dia 5 de abril de 1921 para abertura em Genebra da terceira sessão. Na sessão de Washington, entre as conclusões votadas pela conferência, aparece uma *recomendação relativa à reciprocidade de tratamento dos trabalhadores estrangeiros* (2), que respeita ao direito internacional privado operário e é certamente o ponto de partida da organização deste direito, o qual deve definir as condições de admissão da mão de obra estrangeira, os direitos dos operários estrangeiros, as regras de resolução dos conflitos das leis operárias em todos os pontos sobre que se não estabeleça um direito operário uniforme (3), e bem assim o valor dos direitos adquiridos pelos operários em país estrangeiro.

(2) O texto da resolução votada em Washington é concebido nos seguintes termos: «A conferência geral recomenda que cada um dos membros da organização internacional do trabalho assegure, sobre a base da reciprocidade, nas condições estabelecidas por comum acordo dos países interessados, aos trabalhadores estrangeiros empregados dentro do seu território e a suas famílias o benefício das leis e regulamentos de protecção operária, bem como o gozo do direito de associação reconhecido, dentro dos limites legais, aos trabalhadores nacionais» (*Conférence internationale du travail. Projets de conventions et recommandations adoptés à la première session annuelle.* pag. 17)

(3) Sobre a actividade da conferência internacional do trabalho, vide *Conférence internationale du travail* (sessão de Washington), Washington, 1920; *Journal officiel de la société des nations* 1920, pag. 26 e 377; *Bulletin de l'Institut intermédiaire international*, tom. III, 1920, pag. 112 e 337.

CAPÍTULO II

Direitos dos estrangeiros

SECÇÃO I.

Pessoas singulares

§ I

Nacionais e estrangeiros

SUMÁRIO. 30 — Conceito e importância da nacionalidade em direito internacional privado. Princípio da liberdade do Estado na organização das leis atributivas da nacionalidade. 31 — Adquirição da nacionalidade portuguesa. I — *Nascimento*. Sistema do *jus sanguinis*, sistema do *jus soli* e sistemas da combinação do *jus sanguinis* com o *jus soli*. Sistema português. Nascimento em território português de pais portugueses ou estrangeiros e de pais ilegítimos ou legítimos. Nascimento em país estrangeiro. Nascimento no mar. 32 — II — *Casamento*. Nacionalidade da mulher casada com português depois de dissolvido o casamento por morte ou pelo divórcio. 33 — III — *Naturalização*. Conceito. Carácter da naturalização propriamente dita. Autoridade competente para a conceder e condições e processo da sua concessão. Seus efeitos quanto às pessoas que abrange e quanto aos direitos que atribui. Persistência desses efeitos. 34 — Perda da qualidade de cidadão português. I — *Naturalização em país estrangeiro*. Extensão dos seus efeitos quanto à mulher e aos filhos do naturalizado. II — *Acetização de mercê de Governo estrangeiro*. III — *Casamento de mulher portuguesa com estrangeiro*. 35 — *Readquirição da qualidade de cidadão português*. Condições e efeitos. 36 — *Conflitos de leis atributivas da nacionalidade*. Suas formas: pluralidade de nacionalidades ou conflito positivo, e falta de nacionalidade ou conflito negativo. 37 — *Princípios gerais relativos à resolução desses conflitos*. Princípios de orientação e princípios jurídicos. 38 — *Resolução do conflito positivo*. 39 — *Resolução do conflito negativo*. 40 — *Meios de evitar os conflitos ou de corrigir os seus efeitos*.

30 — A resolução do primeiro problema do direito internacional privado, cujo objecto é, como dissemos, a determinação dos *direitos dos estrangeiros*, supõe o princípio da *diferenciação* entre nacionais e estrangeiros, pois, antes de definir a condição jurídica dos estrangeiros, é lógico saber qual o meio de os distinguir dos nacionais. Aquele princípio de diferenciação é constituído pela *teoria da nacionalidade*.

No seu sentido técnico e rigoroso em direito internacional privado, a *nacionalidade* é o laço que une uma pessoa a um Estado determinado. Ser nacional de um Estado é assim, quanto aos indivíduos, ser membro da comunidade política formada por esse Estado e pertencer ao grupo social que as circunstâncias naturais ou históricas constituíram sob a direcção de um Governo comum.

A teoria da nacionalidade tem uma dupla *importância* no campo do direito internacional privado. Em primeiro lugar, ensina a conhecer quem é nacional e quem o não é, e assim habilita, por um lado, a determinar a condição jurídica dos indivíduos que se encontram num determinado país ou que aí têm interesses, pois é certo que aos estrangeiros não só são recusados em toda a parte ou *todos* os direitos políticos ou, pelo menos, os *mais importantes* desses direitos, mas muito geralmente lhes são reconhecidos menos direitos públicos não políticos e menos direitos privados do que aos nacionais, e, por outro lado, ensina a conhecer as pessoas em relação às quais o Estado pode exercer o seu direito de protecção em país estrangeiro, sendo, como é, princípio assente em direito internacional público que os Estados têm o direito de proteger, dentro de certos limites, os seus nacionais que se encontrem em outros Estados.

Em segundo lugar, ensina a teoria da nacionalidade a fixar a *lei pessoal* dos indivíduos, quando a lei pessoal seja a *lei nacional*, como acontece entre nós (Cód. civil, artt. 24.º e 27.º; Cód. com., art. 12.º), como é regra na Europa e como o reconhecem alguns Estados extra-europeus. E este ensinamento é importante, pois a lei pessoal é muitas vezes a lei competente para regular as relações jurídicas, como o estado e capacidade das pessoas, as relações de família e as sucessões.

Não obstante a sua importância no regime jurídico das relações entre os Estados, a teoria da nacionalidade ainda hoje não é regulada, senão raras vezes e em pontos secundários, por costumes ou tratados internacionais, sendo livremente regulada nas leis internas e sendo princípio incontestável que, a não ser que a isso se oponha algum tratado especial, os Estados podem regular, como bem entenderem, a aquisição, a perda e a readquirição da qualidade de cidadão. É assim que, em Portugal, fora de uma convenção com os Estados Unidos (1) e de um acôrdo com a Espanha (2) sobre naturalização, de que adiante falaremos, a teoria da nacionalidade é regulada exclusivamente pela lei interna portuguesa.

(1) Convenção de 7 de maio de 1908 (Carta régia de 21 de outubro de 1908; *Nova Coleção de tratados*, XIV, pág. 37).

(2) Acôrdo de 2 e 24 de abril e 29 de julho de 1897 (*Nova coleção cit.*, X, pág. 219).

Desta liberdade dos Estados na regulamentação da teoria da nacionalidade, resultam, por vezes, divergências acentuadas nas legislações dos diferentes Estados na atribuição e na declaração da perda da qualidade de cidadão, divergências de que deriva a dupla anomalia de o mesmo indivíduo ter mais que uma nacionalidade e de haver indivíduos sem nacionalidade.

Sendo, assim, o nosso estudo vai versar naturalmente sobre os dois pontos seguintes: teoria da aquisição, perda e readquirição da qualidade de cidadão português, segundo os tratados vigentes entre Portugal e as potências e segundo a lei interna portuguesa; teoria da resolução dos conflitos de leis atribuívas da nacionalidade, tanto do *conflito positivo*, no caso de o mesmo indivíduo ter duas ou mais nacionalidades, como do *conflito negativo*, no caso de o indivíduo não ter nacionalidade.

31 — A nacionalidade portuguesa pode ser adquirida pelo nascimento, pelo casamento e por naturalização.

I — *Nascimento*. O facto capital de que a nossa lei faz derivar a atribuição da nacionalidade portuguesa é o *nascimento*. O nascimento pode, porém, relacionar-se com o *sangue*, isto é, com a nacionalidade dos pais, ou com o *solo*, isto é, com o lugar onde se verifica, e por isso importa investigar em que termos pode em geral estabelecer-se essa relação e em que termos o direito português a estabeleceu.

A atribuição da nacionalidade pelo nascimento pode assentar ou exclusivamente sobre um de dois princípios — o princípio do *jus sanguinis*, segundo o qual a nacionalidade do filho se determina pela nacionalidade dos pais, — ou o princípio do *jus soli*, segundo o qual o indivíduo tem a nacionalidade do país em que nasce, ou simultaneamente sobre os dois princípios, pela sua combinação, atendendo-se ora ao *jus sanguinis*, ora ao *jus soli*. Concebem-se assim quatro sistemas: — o sistema puro do *jus sanguinis*, o sistema puro do *jus soli*, o sistema da combinação do *jus sanguinis* com o *jus soli* com predomínio do *jus sanguinis*, e o sistema da combinação do *jus sanguinis* com o *jus soli* com predomínio do *jus soli*.

O sistema puro do *jus sanguinis* foi o sistema das cidades antigas, onde, como em Roma, a qualidade de cidadão se transmitia apenas pela filiação⁽¹⁾. O sistema puro do *jus soli* foi o sistema do direito feudal. Neste direito, a terra determinava a condição das pessoas e por isso o *jus soli* regulava a nacionalidade de origem⁽²⁾.

O princípio feudal do *jus soli* dominou fundamentalmente o direito europeu até à promulgação do Código Napoleão

em 1804. Êste Código, porém, introduziu em França o princípio do *jus sanguinis*, tornando-o quasi exclusivo, pois se limitava a reconhecer o princípio do *jus soli* quando permitia que o filho de estrangeiro, nascido em França, adquirisse a qualidade de cidadão francês mediante opção, quando atingisse a maioridade⁽³⁾.

O Código francês passou o princípio do *jus sanguinis* para muitas legislações europeias, informando ainda hoje algumas dessas legislações, como a alemã, austriaca, húngara, monaguesca, norueguesa, rumena e sérvia⁽⁴⁾.

O princípio do *jus soli* não desapareceu, porém, das legislações, encontrando-se: ora informando a aquisição da nacionalidade originária, declarando-se nacionais do Estado local todos os indivíduos nascidos no território desse Estado, sem a possibilidade de opção, como acontece na Argentina, Bolívia, Brasil, Chili, Guatemala, Panamá, Paraguai, Perú, Uruguai e Venezuela⁽⁵⁾; ora combinado com o princípio do *jus sanguinis*, já com o predomínio deste último princípio, como se verifica na Bélgica, Cuba, Espanha, França, Grécia, Itália, Japão, Luxemburgo, Rússia, Suécia e Suíça⁽⁶⁾, já conservando êle o predomínio, sendo apenas atenuado pelo *jus sanguinis*, o que se dá na Bulgária, Colômbia, Costa Rica, Dinamarca, Equador, Estados Unidos, Holanda, Inglaterra, México, Nicarágua, Portugal e S. Salvador⁽⁷⁾.

Como se vê, a maior parte das legislações desviaram-se dos sistemas puros do *jus sanguinis* e do *jus soli*, organizando um sistema de combinação dos dois princípios, com predomínio de um ou do outro, consoante as concepções dos legisladores ou os interesses peculiares dos respectivos países.

A lei portuguesa seguiu um sistema de combinação dos dois princípios do *jus sanguinis* e do *jus soli*, com predomínio deste último, como claramente se vê das disposições legais, segundo as quais a regra é o *jus soli*, sendo somente

(1) Weiss, ob. cit., 46 a 50.

(2) Vide Weiss, ob. cit., pág. 255; Lehr, *La nationalité*, Paris, 1909, pág. 54, 117, 147, 166 e 178; Zeballos, *La nationalité*, vol. I, Paris, 1914, pág. 245 e seg.

(3) Deve, porém, observar-se que as legislações dos Estados indicados no texto não só admitem a *excepção diplomática*, não atribuindo a nacionalidade local aos filhos dos representantes das nações estrangeiras, mas estabelecem a possibilidade de os filhos de nacionais nascidos em país estrangeiro adquirirem a qualidade de nacionais, ora mediante opção expressa, ora mediante o estabelecimento de domicílio no território do Estado (Vide: Weiss, ob. cit., pág. 265 e seg.; Lehr, ob. cit., pág. 51, 44, 47, 54, 107, 150, 152, 157, 218 e 220; Zeballos, ob. cit., pág. 619 e seg.).

(4) Weiss, ob. cit., pág. 269; Lehr, ob. cit., pag. 40, 63, 76, 90, 103, 120, 125, 132, 169, 184 e 188. Zeballos, ob. cit., pag. 245 e seg.

(5) Vide: Weiss, ob. cit., pag. 292; Lehr, ob. cit., pag. 50, 57, 59, 67, 73, 80, 98, 135, 144, 154 e 174; Zeballos, ob. cit., pag. 245 e seg. e 619 e seg.

(1) Weiss, *Traité*, pág. 54, l. 2.ª ed., pag. 54.

(2) Weiss, ob. cit., pág. 41.

mediante opção expressa ou tácita que deram valor ao *jus sanguinis*, como vamos verificar.

E, dito isto, passemos ao estudo dos textos legais.

Segundo o nascimento se verifica em território português, no estrangeiro ou no alto mar, assim varia o regime da aquisição da nacionalidade portuguesa e por isso consideraremos separadamente os três casos.

a) *Nascimento em território português.* Este caso é regulado no artigo 18.º, n.ºs 1.º, 2.º e 4.º e § 1.º do Código civil, nestes termos:

«Art. 18.º São cidadãos portugueses:

1.º) Os que nascem no reino de pai e mãe portugueses, ou só de mãe portuguesa, sendo filhos ilegítimos;

2.º) Os que nascem no reino, de pai estrangeiro, contanto que não resida por serviço da sua nação, salvo se declararem por si, sendo já maiores ou emancipados, ou por seus pais ou tutores, sendo menores, que não querem ser cidadãos portugueses.

3.º) Os que nascem no reino, de pais incógnitos, ou de nacionalidade desconhecida.

1.º A declaração exigida no n.º 2.º será feita perante a municipalidade do lugar em que o declarante tiver residido, e a exigida no n.º 3.º, perante os respectivos agentes consulares portugueses, ou perante a competente autoridade estrangeira» (1).

Como claramente se vê do texto, a hipótese do nascimento em Portugal ainda oferece três variantes: α) nascimento em Portugal de pais portugueses, ou de mãe portuguesa sendo filhos ilegítimos; β) nascimento em Portugal, de pai estrangeiro; γ) nascimento em Portugal de pais incógnitos ou de nacionalidade desconhecida.

α) Em primeiro lugar, são portugueses os *filhos legítimos* de pais portugueses e nascidos em Portugal (Cód. civil, art. 18.º,

(1) O regulamento dos serviços do recrutamento de 23 de agosto de 1911, como a aplicação de algumas das suas disposições supunha a determinação da qualidade de cidadão português, referiu no § 3.º do artigo 51.º os indivíduos a quem pertence essa qualidade, em vez de simplesmente remeter para o artigo 18.º do Código civil; e, porque se não limitou a transcrever o preceito deste Código, mas, num ponto ou noutro, modificou a sua redacção, transcrevemos para aqui a sua disposição, a qual completa e até esclarece o preceito do mesmo Código. Ei-la:

«Pelo que respeita à nacionalidade, são portugueses:

1.º Os que nascem no território da República, de pai português, ou de mãe portuguesa, sendo filhos ilegítimos;

2.º Os que nascem no território da República, de pai estrangeiro, contanto que este não resida ao serviço da sua nação, salvo se, perante a municipalidade da respectiva residência, declararem por si, sendo *sui juris*, ou pelos seus legítimos representantes, sendo menores não emancipados, que não querem ser portugueses;

n.º 1.º). É a compenetração dos dois princípios do *jus sanguinis* e do *jus soli*. O filho legítimo de pais portugueses, nascido em Portugal, é cidadão português.

Não prevê a lei a hipótese de os pais do filho legítimo nascido em Portugal terem diferente nacionalidade. E isso pode dar-se, entre outras, na hipótese de uma portuguesa casar com um indivíduo de um país cuja lei não atribua à mulher a nacionalidade do marido (Cód. cit., art. 22.º n.º 4.º), como acontece no Brasil (Const. de 24 de fevereiro de 1891, art. 69.º), e na hipótese de, depois do casamento, só um dos cônjuges mudar de nacionalidade por naturalização em país estrangeiro. Parece-nos, porém, que a solução é muito simples. Se o pai for português e a mãe estrangeira, o filho é português. O cônjuge varão, assim como atribui à mulher a sua nacionalidade (Cód. civil, art. 18.º, n.º 6.º), fixa a lei competente para determinar o regime de bens (Cód. cit., art. 1107.º), fixa o domicílio e a residência da família (Cód. cit., art. 47.º e 49.º; Dec. n.º 1 de 25 de dezembro de 1910, art. 40.º) e representa os filhos em juízo e fora dele (Cód. cit., art. 138.º), assim também deve logicamente fixar a nacionalidade dos filhos quando marido e mulher tiverem diferente nacionalidade. E esta doutrina é hoje apoiada pelo artigo 51.º, § 3.º, n.º 1.º, do regulamento dos serviços do recrutamento militar, o qual, declarando portugueses os que nascem no território da República, de *pai português*, ou de mãe portuguesa sendo filhos ilegítimos, claramente mostra que é a nacionalidade do pai que decide da nacionalidade do filho legítimo. Se o pai for estrangeiro e a mãe portuguesa, deve considerar-se a hipótese incluída na disposição do n.º 2.º do artigo 18.º, que atribui a nacionalidade portuguesa, com direito de opção, aos indivíduos que nascem em Portugal de pai estrangeiro, que não resida no país ao serviço da sua nação.

Também a lei não prevê a hipótese de o pai mudar de nacionalidade, ou morrer, entre a concepção e o nascimento do filho. Mas a solução também é nitida. Atende-se ao momento do nascimento do filho ou ao momento da morte do pai. Por um lado,

3.º Os filhos de pai português, ainda que este haja sido expulso do território da República, e os filhos ilegítimos de mãe portuguesa, nascidos em país estrangeiro, que vierem estabelecer domicílio no território da República, ou que, perante os respectivos agentes consulares ou a competente autoridade estrangeira, declararem por si, sendo *sui juris*, ou pelos seus legítimos representantes, sendo menores não emancipados, que querem ser portugueses, devendo, neste caso, os mesmos agentes comunicar a declaração à comissão do recenseamento indicada pelos interessados, nos termos do § 1.º do artigo 36.º;

4.º Os que nascem no território da República, de pais incógnitos ou de nacionalidade desconhecida;

5.º Os que nascem em país estrangeiro de pai português, que ali resida ao serviço de Portugal;

6.º Os estrangeiros naturalizados.

a lei liga a atribuição da nacionalidade ao *nascimento* (Cód. cit., art. 18.º, n.ºs 1.º a 4.º), e por isso, se o pai viver nesse momento, é ao nascimento que deve atender-se; por outro lado, porque a mesma lei relaciona a nacionalidade do filho com a nacionalidade do pai e declara que o indivíduo fica debaixo da protecção da lei desde que é procriado (Cód. cit., art. 6.º), tem de concluir-se que, caso o pai morra antes do nascimento do filho, deve atender-se ao momento em que o pai morreu (1).

Estas soluções estão inteiramente de harmonia com a doutrina adoptada pelo Instituto de direito internacional, na sessão de Veneza de 1896, assim formulada: «O filho legítimo segue a nacionalidade do pai no dia do nascimento ou no dia da morte» (2).

Em segundo lugar, declara a lei portuguesas os *filhos ilegítimos* de mãe portuguesa (3). É evidente que a lei se refere à hipótese de o pai ser estrangeiro, e por isso parece, à primeira vista, que o filho ilegítimo de mãe portuguesa deverá considerar-se *sempre* português, seja ou não reconhecido pelo pai e seja o reconhecimento, feito por este, anterior ou posterior ao reconhecimento feito pela mãe.

Esta doutrina não nos parece, porém, exacta. A doutrina rigorosa foi a formulada pelo Instituto de direito internacional, na referida sessão de Veneza, nestes termos: «O filho ilegítimo que, durante a menor idade, foi reconhecido só pelo pai ou simultaneamente pelo pai e pela mãe, ou cuja filiação for verificada pelo mesmo julgamento a respeito de ambos os pais, segue a nacionalidade do pai no dia do julgamento; se tiver sido reconhecido só pela mãe, segue a nacionalidade desta e conserva-a mesmo que o pai venha a reconhecê-lo mais tarde». Esta doutrina não só é inteiramente racional, pois traduz a preponderância do pai na atribuição da nacionalidade e, fixando a nacionalidade com o primeiro reconhecimento, dá firmeza e estabilidade à nacionalidade uma vez estabelecida, mas está em harmonia com os preceitos da nossa lei: 1.º porque esta, ao definir a nacionalidade dos filhos de pai estrangeiro nascidos em Portugal, não distingue entre filhos legítimos e ilegítimos, (Cód. cit., art. 18.º, n.º 2.º); 2.º porque, do conjunto das disposições sobre a atribuição da nacionalidade, se vê que o legislador deu maior valor à nacionalidade do pai, o que decide a questão quanto ao reconhecimento simultâneo; 3.º porque,

no caso de reconhecimento sucessivo, deve acontecer com a nacionalidade o que acontece com o *poder paternal*, e o artigo 277.º do Código civil, determinando que, na hipótese de o pai ou a mãe haver nomeado tutor a um filho perfluido, esta nomeação terá efeito ainda que o filho seja posteriormente reconhecido pelo outro progenitor, mostra que o reconhecimento anterior quer do pai, quer da mãe, prevalece nos seus efeitos sobre o reconhecimento posterior, o que, applicando-se às manifestações do poder paternal, deve aplicar-se logicamente à fixação da nacionalidade. Sendo assim, o filho ilegítimo de mãe portuguesa e pai estrangeiro, nascido em Portugal, apenas será português sem faculdade de opção se a mãe o reconhecer em primeiro lugar (4).

5) Em obediência ao princípio do *jus soli*, o n.º 2.º do artigo 18.º declarou portuguesas os indivíduos nascidos em Portugal de pai estrangeiro que não esteja ao serviço da sua nação (5). Não lhes impôs, todavia, irrecusavelmente essa nacionalidade, mas, atendendo também ao *jus sanguinis*, facultou-lhes a declaração, quer por si, quando maiores ou emancipados, quer pelos seus representantes, quando menores, perante a municipalidade portuguesa do lugar onde o declarante tiver residido, de que não querem ser cidadãos portugueses. E porque a declaração feita pelos pais ou tutores pode não corresponder ao seu desejo, ainda lhes permite a lei (art. 18.º, § 2.º) fazer uma contra-declaração, perante a municipalidade portuguesa do lugar que escolherem para seu domicílio, no sentido de que querem seguir a nacionalidade portuguesa.

Qual, porém, o verdadeiro alcance do preceito relativamente às pessoas que compreende?

Em primeiro lugar, é necessário que o pai não esteja em Portugal ao serviço da sua nação, e por isso o preceito não

(1) Dr. G. Moreira, ob. cit. log. cit. Em sentido contrário: Dias Ferreira, *Código civil portuguez annotado*, 1, pag. 30.

(2) Em consequência do estado de guerra entre Portugal e a Alemanha, o artigo 2.º do decreto n.º 2555, de 23 de abril de 1916, estabeleceu a seguinte disposição: «Não goza da qualidade de cidadão português, desde a data da declaração de guerra, o indivíduo que nasceu em Portugal de pai alemão, salvo resolução do Governo, publicada no *Diário do Governo*». Este preceito desnacionalizou os filhos de alemães que fossem portugueses por applicação do artigo 18.º, n.º 2.º, do Código civil, desnacionalização que persiste depois de feita a paz, se uma lei, ou um decreto com força de lei, os não reabilitar. O preceito só compreendeu, porém, os indivíduos nascidos antes ou durante o *estado de guerra*. Ora, como o estado de guerra findou naturalmente pela entrada em vigor do tratado de paz com a Alemanha em 8 de abril de 1920, data da troca das ratificações relativamente a Portugal, esse dia marca o fim da vigência do decreto 2555 (Vide: Tratado de paz com a Alemanha, art. 440.º; Lei de aprovação do tratado n.º 962 de 2 de abril de 1920; e Decreto n.º 6515 de 6 de abril de 1920, que declarou findo o estado de guerra; Dr. Carneiro Pacheco, *Código civil português actualizado*, 1, pag. 22).

(1) Vid. Dr. Guilherme Moreira, *Instituições do direito civil português*, 1, pag. 177.

(2) *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1896, pag. 270.

(3) Convém notar que a paternidade ou maternidade ilegítima apenas pode atribuir a nacionalidade *jure sanguinis* quando tenha sido estabelecida pelo reconhecimento do pai ou da mãe ou por decisão judicial.

abrange os filhos dos agentes diplomáticos ou cónsulares estrangeiros que representem o seu Governo no nosso país, e bem assim os filhos de *quaisquer* estrangeiros que cá se encontrem em missão oficial do seu Governo e que essa missão seja reconhecida pelo Governo português.

Em segundo lugar, é necessário que sejam filhos legítimos de pai estrangeiro, ou filhos ilegítimos de pai e mãe estrangeiros e reconhecidos por qualquer deles, ou filhos ilegítimos de pai estrangeiro e mãe portuguesa e reconhecidos simultaneamente pelo pai e pela mãe, ou filhos ilegítimos de pai português e mãe estrangeira e reconhecidos primeiro pela mãe. Todas estas soluções estão em harmonia com a doutrina que expusemos ao analisar o n.º 1.º do artigo 18.º.

γ) Por fim, pelo nascimento em Portugal, são portugueses os filhos de pais incógnitos ou de nacionalidade desconhecida (art. 18.º, n.º 4.º). É uma aplicação necessária do *jus soli* e do princípio, de que adiante falaremos, de que toda a pessoa deve ter uma nacionalidade.

Se, porém, os pais deixarem de ser incógnitos, reconhecendo os filhos, ou se tornar conhecida a sua nacionalidade, deve a nacionalidade dos filhos determinar-se em harmonia com os preceitos dos n.ºs 1.º e 2.º do artigo 18.º, que já estudámos, podendo haver opção de nacionalidade, no caso do n.º 2.º. E, não marcando a lei prazo para o reconhecimento dos filhos pelo que respeita à influência do reconhecimento sobre a determinação da nacionalidade, deve entender-se que essa influência se dá a todo o tempo em que se faça o reconhecimento (¹).

Aos casos de os pais serem incógnitos ou de nacionalidade desconhecida, deve assimilar-se o caso de os pais serem *apóides*, isto é, não terem nacionalidade. O filho deve ter uma nacionalidade e não pode atribuir-se-lhe senão a do país do nascimento. Mas, neste caso, a nacionalidade portuguesa deverá considerar-se definitivamente fixada, ainda que os pais adquiram posteriormente a nacionalidade de outro país, pois que esta nem é uma nacionalidade *jure sanguinis*, nem pode ter efeito retroactivo.

b) *Nascimento em país estrangeiro.* Reciprocamente ao que fez a respeito dos filhos de estrangeiros nascidos em Portugal, o Código civil não atribuiu aos filhos de portugueses nascidos em país estrangeiro a nacionalidade portuguesa, pelo simples facto de serem filhos de portugueses. Atribui-lhes, porém, a nacionalidade portuguesa se vierem estabelecer domicílio no país ou declarem por si, sendo maiores ou emancipados, ou por seus pais ou tutores, sendo menores, que querem ser portugueses. É também um caso de opção de nacionalidade.

Esta opção não é, porém, necessária para os filhos de portugueses que se encontrem em país estrangeiro ao serviço de Portugal. Esses têm a qualidade de cidadãos portugueses pura e simplesmente *jure sanguinis*. Era a doutrina expressamente estabelecida pela Carta constitucional (art. 7.º, § 3.º) e é a doutrina que, resultando por legítima analogia do artigo 18.º, n.º 2.º, do Código civil, tem sido também expressamente sancionada pelos regulamentos dos serviços do recrutamento militar (²).

Mas quais serão os filhos de portugueses nascidos em país estrangeiro que podem usar do direito de opção, quais os meios de realizar esta, e quais os seus efeitos?

Diz a lei que podem usar do direito de opção os *filhos de pai português* e os filhos *ilegítimos de mãe portuguesa*. Se os filhos forem legítimos, não pode haver dúvida de que decide da sua nacionalidade a nacionalidade do pai ao tempo do nascimento do filho, ou da morte do pai, se o filho for póstumo. Se forem, porém, filhos ilegítimos, a doutrina que julgamos exacta, e que está em harmonia com a que seguimos a respeito dos filhos de estrangeiros nascidos em Portugal, é a de que, no caso de reconhecimento simultâneo, decide a nacionalidade do pai e, no caso de reconhecimento sucessivo, decide a nacionalidade daquele dos pais que primeiro o tiver feito.

Os meios de opção revestem duas formas, uma *expressa* e outra *tácita*.

A forma expressa consiste numa *declaração de nacionalidade* feita pelo interessado ou pelo seu representante, perante o respectivo agente consular português ou perante a competente autoridade estrangeira (Cód. civil, art. 18.º, § 1.º).

A forma tácita tem duas variantes, uma estabelecida pelo Código civil, e outra estabelecida pelo regulamento consular de 24 de dezembro de 1903 (art. 55.º) e reproduzida pelo regulamento consular de 7 de março de 1920 (art. 142.º).

A primeira variante consiste em o interessado *vir estabelecer domicílio no país* (Cód. civil, art. 18.º, n.º 3.º).

Se o interessado for maior ou emancipado e vier estabelecer domicílio em Portugal, não pode haver dúvida de que isso basta, pois que a lei reconhece claramente a alternativa da declaração ou do domicílio.

Mas se o interessado for *menor* e vier para Portugal com os pais ou com o tutor e, assim, tiver cá o seu domicílio necessário (Cód. civil, art. 47.º), será isso suficiente para se dar a opção?

(¹) Vide Regulamento de 24 de Dezembro de 1901, art. 36.º, § 4.º, n.º 5.º, e regulamento de 25 de agosto de 1911, art. 51.º, § 5.º, n.º 5.º. Conf. Dr. Guilherme Moreira, ob. cit., pág. 177 e nota (2).

Poderia afigurar-se verdadeira a resposta afirmativa, pela consideração de que o domicílio substitui a declaração e de que, por isso, assim como a declaração feita pelo pai atribui ao filho a nacionalidade portuguesa sem que o filho possa reclamar tal declaração, assim também o domicílio do pai deve atribuir ao filho a nacionalidade portuguesa, uma vez que o filho venha residir em Portugal, pois, dizendo a lei *que vierem estabelecer domicílio no país*, é indispensável, mas basta, a residência em Portugal.

Contudo, porque a opção é um acto de vontade, o estabelecimento do domicílio em Portugal só poderá ser meio de opção tácita quando represente um acto de vontade do próprio filho, e por isso não deverá considerar-se suficiente o estabelecimento de domicílio pelo pai, acompanhado da residência do filho, pois que isso reduziria a opção, quanto ao filho, a um acto puramente material. Nem poderá argumentar-se com o facto de o filho não poder reclamar a declaração feita pelo pai, ou pelo tutor, pela simples razão de que a declaração é feita por eles na qualidade de seus representantes e o estabelecimento de domicílio é um acto próprio do pai.

Se, porém, o filho, depois de maior ou emancipado, continuar a residir em Portugal, fixando cá o seu domicílio, é isso suficiente para se dar a opção, por isso que o pensamento da lei é evidentemente que o interessado estabeleça domicílio em Portugal⁽¹⁾.

A segunda variante de opção tácita consiste na inscrição do assento do nascimento do filho no registo consular, quando a inscrição seja feita na presença dos pais. Declara o artigo 142.º do regulamento consular que essa inscrição supre a declaração de nacionalidade prevista no artigo 18, n.º 3.º, de Código civil. Em tal caso, a opção não é o resultado directo de uma declaração de nacionalidade, mas é considerada pela lei como uma consequência do registo de nascimento, e por isso tem o carácter de uma opção tácita.

Quanto aos efeitos da opção pela nacionalidade portuguesa, uma coisa se deve considerar certa. É que o optante é um *português originário*, por isso que os n.ºs 1.º e 2.º do Código civil o declaram português por *nascimento*, uma vez que se verifiquem as *condições* que devem acrescer ao nascimento para que se dê a atribuição da nacionalidade portuguesa. É este efeito da opção é importante, pois há direitos que só podem ser exercidos pelos portugueses originários, que em breve desi-

gnaremos e entre os quais se encontra, por exemplo, o direito de ser presidente da República ou ministro de Estado.

Contudo, como a atribuição da qualidade de cidadão português depende da condição da opção expressa ou tácita e, quanto aos filhos ilegítimos, do reconhecimento, os optantes apenas ficam sujeitos à lei portuguesa, em tudo em que a lei portuguesa só se aplica aos cidadãos portugueses, desde o momento da opção, tendo de respeitar-se quaisquer *direitos adquiridos* ou *situações constituídas* anteriormente em face da lei da nacionalidade que eles tivessem antes de se verificar a condição de que resultou para eles a atribuição da nacionalidade portuguesa. Tal condição tem efeito retroactivo, mas não pode ferir os direitos legitimamente adquiridos.

Uma vez, porém, realizada a condição, a lei portuguesa será aplicada a todos os factos e relações jurídicas que, quanto a cidadãos portugueses, são regulados pelo direito português⁽¹⁾ e que não representem situações jurídicas subjectivas legitimamente constituídas.

c) *Nascimento no mar*. Em vez de nascer em terra firme, pode o individuo nascer a bordo de um navio, tanto no alto mar, como dentro das águas territoriais de qualquer Estado.

Se o nascimento tiver lugar no alto mar, a solução é nítida. O regime jurídico do alto mar é informado pelo princípio da liberdade dos mares, não existindo aí a jurisdição exclusiva de nenhum Estado e encontrando-se os navios sujeitos às leis e às jurisdições do seu país, e por isso o nascimento tem de considerar-se como realizado em território do Estado da nacionalidade do navio.

Mas, se o nascimento se verificar a bordo de um navio estrangeiro em águas territoriais portuguesas, ou a bordo de um navio português em águas territoriais estrangeiras, ainda deverá seguir-se a mesma doutrina, ou deverá ter-se o nascimento como realizado no território do Estado de cujas águas territoriais se tratar? Cremos que é esta segunda a solução exacta, em face da nossa lei. Segundo o artigo 380.º, n.º 2.º, do Código civil e segundo o artigo 1.º, n.º 1.º, do decreto 5:787 III, de 10 de maio de 1919, as *águas salgadas das costas* entram no domínio público como as *águas interiores*, devendo por isso considerar-se como um elemento do território do Estado, e daí deriva o corolário de que o nascimento em águas territoriais portuguesas deve considerar-se como verificado no país para os efeitos da aquisição da nacionalidade.

Mas, admitida esta solução, tem de admitir-se também a solução paralela de que o nascimento verificado a bordo de

(1) Vide Dr. Guilherme Moreira, ob. cit., pág. 177, nota (1); acórdão da relação de Lisboa de 24 de maio de 1876, na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 21, n.ºs 1044 e 1045, pág. 55 e 72.

(1) Dr. G. Moreira, ob. cit., pág. 178; Weiss, *Traité*, tom. I, pág. 153 e seg.

um navio português em águas territoriais estrangeiras tem de haver-se como realizado em país estrangeiro, para o mesmo efeito.

32—II—*Casamento*. Pelo casamento adquire a qualidade de cidadão português a mulher estrangeira que casa com um português (art. 18.º, n.º 6.º), e isto independentemente de a mulher perder ou não pelo casamento, segundo a lei do seu país, a sua nacionalidade de origem. A lei não faz restrição alguma, como aliás fez acêrca da perda da nacionalidade portuguesa pela mulher portuguesa que case com um estrangeiro, e por isso deve entender-se que a regra é absoluta, o que se explica pela natural vantagem de que marido e mulher tenham a mesma nacionalidade.

Deve, porém, notar-se que, havendo países, como o Brasil (1), segundo cuja legislação a mulher não perde pelo casamento a nacionalidade de origem, o resultado será que a mulher originária desses países, casando com um português, ficará tendo duas nacionalidades, situação anómala, a que em breve nos referiremos.

E também convém observar que a mulher que adquira a nacionalidade portuguesa pelo casamento com um português, conserva essa nacionalidade depois da morte do marido e depois da dissolução do casamento pelo divórcio. Nenhuma restrição é formulada pela lei ao preceito do n.º 6.º do artigo 18.º no sentido de tornar a nacionalidade portuguesa dependente da persistência do casamento, nem a dissolução dêste por morte do marido é considerada pela lei como causa da perda da nacionalidade portuguesa por parte da mulher estrangeira que tenha casado com um cidadão português, pelo que se deve entender que a viúva de cidadão português conserva a nacionalidade portuguesa, não obstante a dissolução do casamento que lhe atribuiu a mesma nacionalidade (2). E como, por outro lado, o artigo 2.º do decreto de 3 de novembro de 1910 declara que o divórcio, autorizado por sentença passada em julgado, tem juridicamente os mesmos efeitos que a dissolução por morte, quer quanto às pessoas quer quanto aos bens dos cônjuges, deve seguir-se igualmente a doutrina de que a mulher divorciada de um português conserva depois do divórcio a nacionalidade portuguesa adquirida pelo casamento (3).

(1) Vide no mesmo sentido: Dias Ferreira, *Código civil portuguez annotado*, t. 1, pág. 31; Ofício do antigo Ministério do reino de 20 de novembro de 1888 (no *Direito*, ano 23, n.º 1.º, pág. 7); *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 45, n.º 1904, pág. 192.

(2) *Devista cit.* l.º cit.

33—III—*Naturalização*. Em sentido geral, a naturalização é o acto pelo qual um estrangeiro passa a nacional, abrangendo, nessa acepção ampla, a opção, o casamento, qualquer meio legal de adquirir a nacionalidade posteriormente ao nascimento, e a naturalização propriamente dita. Esta última consiste no acto pelo qual a autoridade competente de um Estado concede ou reconhece a um determinado estrangeiro, a seu pedido, a qualidade de cidadão desse Estado. E dizemos *concede* ou *reconhece*, por a naturalização ora aparecer como uma *graça* do poder, como é regra na Europa, ora como um *direito* do indivíduo, como acontece na Grécia (1) e em geral na América (2), desde que êle se encontre nas condições previstas na lei.

Como varia de carácter, a naturalização também varia, de país para país, relativamente á autoridade competente para a conceder ou reconhecer, às condições de que depende, ao processo por que é concedida ou reconhecida, e aos efeitos que produz. Não nos sendo, todavia, possível fazer o estudo comparativo das legislações sob estes diferentes pontos de vista, limitamo-nos a estudar o seu regime no direito português, fazendo embora uma ou outra referência às legislações estrangeiras, para melhor apreciarmos o mesmo regime.

a) *Autoridade competente, carácter e condições*. O regime da naturalização é hoje estabelecido pelo decreto de 2 de dezembro de 1910. Por esse decreto, como já acontecia pela legislação anterior (3), a *autoridade competente* para a conceder é o Governo. Assim se dispõe no corpo do artigo 1.º, cuja letra é: «O Governo poderá conceder carta de naturalização aos estrangeiros que a requeiram na câmara municipal da sua residência e que se encontrem nas condições seguintes».

Este preceito também mostra qual é o *carácter* da naturalização entre nós. Tem a natureza de uma *concessão graciosa*, já que a lei diz que o Governo *poderá conceder*, fórmula que confere ao Governo um poder evidentemente discricionário.

As *condições* estão indicadas nos diferentes números e parágrafos do art. 1.º do decreto e são as seguintes:

1.º) *Maioridade do requerente*. (art. 1.º, n.º 1.º). Em primeiro lugar, o naturalizando deve ser maior ou havido por maior, tanto pela lei portuguesa, como pela lei do país a que pertence. Esta competência cumulativa da lei portuguesa e da lei do país de origem tem certamente por fim cortar a questão, muito debatida em direito internacional privado, sobre se a mudança de nacionalidade de um indivíduo maior segundo a lei do Estado de origem, e que seria menor segundo a lei do Estado de naturalização, faz com que êle

(1) Código civil, art. 15.º.

(2) Lehr, ob. cit., pág. 4 e seg.

(3) Dec. de 22 de outubro de 1836; Código civil, art. 20.º.

volte a ser menor, se conserva o estado de maior. Não deixa, porém, de ser uma condição rigorosa, e teria sido preferível que apenas se exigisse a maioridade segundo a lei do país de origem e que o naturalizado conservasse sempre o seu estado de maior⁽¹⁾.

Mas a condição é não sómente rigorosa, mas de difícil compreensão quanto à exigência de o naturalizando ser *havido por maior* segundo a lei portuguesa e segundo a lei do país de origem. O que é que isto significa? O indivíduo é havido por maior quando é emancipado pelo casamento ou por concessão dos pais ou de quem os substitui, e só pode ser emancipado quando atinja uma certa idade. Na emancipação há, pois, que considerar o *meio* de a realizar e a *idade* em que pode ter lugar. A exigência da nossa lei referir-se há, pois, ao meio, à idade, ou a ambas as coisas? Cremos que se refere à idade e ao meio, por isso que o texto não faz distinção alguma, e que por isso não poderá ser havido por maior um estrangeiro emancipado por um meio desconhecido da lei portuguesa.

2.º) *Capacidade de trabalho ou meios de subsistência* (art. 1.º, n.º 2.º). Esta condição, cuja prova fica à livre iniciativa do interessado e cuja extensão fica à livre apreciação do Governo, funda-se na idea certamente justa de recusar a qualidade de cidadão português aos indivíduos economicamente *não desejáveis*.

3.º) *Residência por três anos em território português* (art. 1.º, n.º 3.º). Esta condição não é exigida aos descendentes de sangue português que vierem domiciliar-se no país, e pode ser dispensada, no todo ou em parte, ao estrangeiro casado com mulher portuguesa e àquele que tenha prestado ou seja chamado a prestar à nação algum serviço relevante, cuja utilidade justifique essa dispensa (art. 1.º, § 2.º).

4.º) *Ienção de responsabilidade penal* (art. 1.º, n.º 4.º). Esta condição, tendente a evitar a naturalização dos moralmente não desejáveis, prova-se por certificado ou só do registo criminal em Portugal, se o naturalizando cá tiver residido nos últimos quinze anos, ou por êsse certificado e pelo certificado correspondente do país de origem, se a residência em Portugal tiver sido por menos tempo (art. 1.º, § 4.º).

5.º) *Cumprimento da lei do recrutamento no país de origem* (art. 1.º, n.º 5.º). Esta condição representa um meio de evitar que o naturalizando procure fugir ao cumprimento do serviço militar no seu país. Nas relações com a Espanha, foi o assunto regulado pelo acôrdo, por troca de notas, de 24 de abril e 29 de julho de 1897⁽²⁾, a que nos vamos já referir.

Além das condições apontadas, outras pode haver estabe-

lecidas em tratados. Isso mesmo prevê o artigo 1.º do decreto de 1910, dispondo no § 4.º: «Além dos documentos mencionados, só poderão ser exigidos os que o forem por tratado ou convenção entre a nação portuguesa e a do que pretender naturalizar-se». Tratado ou convenção desta natureza apenas conhecemos o acôrdo acima referido, onde se estabelece: «A nenhum súbdito espanhol em Portugal e a nenhum súbdito português em Espanha será concedida a naturalização sem ser previamente ouvida a legação do país de origem quanto a responsabilidade em que possa estar incurso por processos crimes ou pelas leis do recrutamento o indivíduo que pretenda naturalizar-se. Será notificada a referida responsabilidade, no mais breve prazo possível, ao Governo que fizer a consulta, ficando a êste plena liberdade de apreciar se existe motivo bastante para ser recusada a naturalização». Este acôrdo, exigindo a consulta da legação do país do naturalizando, deve dispensar a apresentação do certificado do registo criminal do país de origem e do certificado de o naturalizando haver aí cumprido o serviço militar, visto que a legação tem de dar consulta sobre os dois pontos. Esta solução é autorizada pelo § 5.º do artigo 1.º do decreto de 1910, onde se dispõe que o Governo pode dispensar os documentos passados em Portugal, substituindo-os por informação das estações, autoridades e funcionários competentes. Em verdade, sendo necessário, em face do acôrdo, a informação da legação espanhola, os documentos relativos à matéria dessa informação tornam-se inúteis, e por isso devem ser dispensados, dado o princípio, aceito pelo decreto, de que os documentos por êle indicados podem ser substituídos por informações oficiais.

Para concluir êste rápido estudo das condições da naturalização em Portugal, diremos algumas palavras acêrca da naturalização da mulher casada, procurando determinar se a mulher estrangeira casada com um estrangeiro terá o direito de se naturalizar portuguesa e se, tendo êsse direito, poderá naturalizar-se sem autorização do marido.

Pondo de parte o que deverá ser segundo uma legislação perfeita sobre o assunto, a qual deverá aproximar-se o mais possível da *unidade de nacionalidade* entre marido e mulher, procuremos determinar, em face da lei portuguesa, a solução de cada uma daquelas questões.

Quanto ao reconhecimento à mulher casada estrangeira do direito de se naturalizar portuguesa, independentemente da naturalização do marido, a solução parece-nos nítida. É-lhe reconhecido êsse direito: 1.º porque o Código civil, não só reconhece que *qualquer estrangeiro*, e portanto a mulher casada, pode naturalizar-se português (art. 18.º, n.º 5.º), mas admite evidentemente que marido e mulher possam ter diferente nacionalidade, pela decisiva razão de que admitiu o sistema do efeito individual quanto à naturalização em Portugal de um estran-

(1) Vide Weiss, ob. cit., pág. 365.

(2) Nova Coleção de tratados, vol. X, pág. 218.

jeiro casado e quanto à naturalização em país estrangeiro de um português também casado (Cód. civil, art. 22.º, n.º 2.º; 2.º) porque o decreto de 1910, por um lado, ao indicar as condições da naturalização, não exclui as mulheres casadas estrangeiras e, por outro lado, proíbe (art. 1.º, § 2.º) exigir mais documentos do que os referentes às condições que indica, ficando assim o Governo inibido de indagar se uma mulher estrangeira que requeira a naturalização em Portugal é ou deixa de ser casada. E, aceita esta interpretação do decreto, que nós parece irrecusável, a solução da segunda questão também é nítida. Se o Governo não pode indagar se a requerente é casada ou solteira, é evidente que não pode exigir a uma requerente casada a prova do consentimento do marido.

b) *Processo*. Embora concedida pelo Governo, pelo Ministério do Interior (Dec. 1910, art. 1.º e 5.º), a naturalização é pedida na câmara municipal da residência do naturalizando. O interessado deve apresentar uma *petição* acompanhada de *reconhecimento autêntico* (art. cit., § 1.º) e instruída com os documentos necessários para provar as condições acima enumeradas e quaisquer outras que sejam estabelecidas em tratado ou convenção entre Portugal e o seu país de origem, quando os documentos devam vir de país estrangeiro e o Governo português não seja obrigado por tratado a pedi-los às autoridades estrangeiras, pois que os documentos passados em Portugal, os quais são escritos em papel branco, pode o Governo dispensá-los, como já foi dito, substituindo-os por informações das estações, autoridades ou funcionários competentes (art. cit., § 5.º), não sendo portanto *obrigatória*, embora seja *prudente*, a sua junção. Apresentada a petição, com os documentos, à câmara competente para a receber, deve esta enviá-la ao Governo, para ele decidir como entender, depois de colher as informações e consultas destinadas a completar a verificação das condições legais ou a cumprir as obrigações impostas em tratados.

O diploma em que o Governo concede a naturalização chama-se *carta de naturalização* (Dec. 1910, art. 1.º, 4.º e 5.º), na qual deve em regra ser aposto, como direito de mercê, o selo pago pelo naturalizado, colado e inutilizado no Ministério do Interior (Dec., art. 5.º). O selo deve, porém, ser dispensado quando a naturalização for concedida a quem tenha prestado ou seja chamado a prestar à Nação algum serviço relevante (art. cit., § único).

c) *Efeitos*. A carta de naturalização só produz os seus efeitos sendo registada no prazo de seis meses, a contar da concessão, no arquivo da câmara municipal do concelho onde o estrangeiro estabelecer o seu domicílio (Dec., art. 4.º).

Quais são, porém, os efeitos da naturalização?

Estes efeitos podem ser considerados quanto à *extensão*

da naturalização, quanto aos *direitos* que atribui ao naturalizado, e quanto à *persistência* desses direitos.

1.º) *Extensão*. Sob o ponto de vista da extensão dos efeitos que atribuem à naturalização, formam as legislações fundamentalmente dois grupos, segundo lhe dão um *efeito puramente individual*, não compreendendo senão a pessoa do naturalizado, ou lhe dão *efeito colectivo*, tornando-a extensiva à mulher do naturalizado e aos filhos menores (1).

Em princípio, parece-nos incontestável a superioridade do segundo sistema, dada a comunhão de vida e interesses que existe entre marido e mulher e a natural dependência que se dá entre os pais e os filhos menores.

Não foi, porém, esse o sistema seguido pela nossa lei, segundo a lição dos seus intérpretes (2) e segundo a lição dos textos. Estes mostram, em verdade, que o legislador quis atribuir à naturalização efeito puramente individual. O Código civil, não só se limitou, quanto à naturalização em Portugal, a dizer que ela era um meio de adquirir a nacionalidade portuguesa (art. 18.º, n.º 5.º), nada determinando acêrca da sua extensão, e portanto indicando que esta tem sempre o mesmo alcance, seja o naturalizado homem ou mulher, casado, solteiro ou viúvo, o que quer dizer que a naturalização é individual, mas declarou, quanto à naturalização de português em país estrangeiro, que esta não abrange nem a mulher nem os filhos menores, o que põe em evidência que elle adoptou o sistema do efeito individual. Por seu lado, o decreto de 1910, dizendo que o Governo poderá conceder carta de naturalização aos estrangeiros *que a requeiram*, mostra que a naturalização é para quem a requeira e para mais ninguém.

Mas, se a naturalização de um estrangeiro como cidadão português não envolve a naturalização da mulher nem dos filhos menores, poderão aquela ou estes declarar que querem seguir a nacionalidade do marido ou do pai? A questão aparece em face do preceito dos §§ 1.º e 2.º do artigo 22.º do Código civil, os quais, ao mesmo tempo que declaram que a naturalização em país estrangeiro de um português casado, ou com filhos menores havidos antes da naturalização, não implica a perda da qualidade de cidadão português nem em relação à mulher nem em relação aos filhos, dispõem que, tanto a mulher, como os filhos depois de maiores ou emancipados, podem declarar que querem seguir a nacionalidade do marido ou do pai, perguntando-se por isso naturalmente se deverá seguir-se a mesma doutrina quanto à naturalização em Portugal de um

(1) Vide Weiss, *ob. cit.*, pág. 688 e seg.

(2) Dr. Guimarães Pedrosa, *Da naturalização*, pág. 82; Dr. Guilherme Moreira, *ob. cit.*, pág., 184.

estranheiro casado ou com filhos menores, permitindo-se-lhes declarar que querem seguir a nacionalidade portuguesa.

O Dr. Guimarães Pedrosa, versando a questão, resolve-a afirmativamente, quanto à mulher casada, nestes termos: «Isto nos leva a admitir, na omissão do Código, que, semelhantemente ao que dispõe o § 1.º do artigo 22.º citado, deve ser recebida a declaração da mulher do estrangeiro que se naturaliza português de que quere seguir a nacionalidade do marido, salva disposição da lei da sua nacionalidade que isso proíba (1)». E admite a mesma doutrina quanto aos filhos menores (3).

Consideramos esta doutrina pouco segura. Uma vez assente que o sistema do Código civil é, em matéria de naturalização, o sistema do efeito meramente individual, e nisso concorda o ilustre professor, (2) qualquer desvio do sistema deve considerar-se uma *excepção* e portanto sujeito à disposição do artigo 11.º do Código civil, que não consente a aplicação por analogia dos preceitos de excepção. Sendo assim, a mulher e os filhos de um estrangeiro naturalizado português apenas poderão obter a qualidade de cidadãos português mediante um acto individual de naturalização.

2.º *Direitos*. O estrangeiro naturalizado português adquire, como declara o art.º 18.º, n.º, 5.º, a qualidade de cidadão, e por isso fica tendo os direitos e fica sujeito às obrigações de que gozam ou a que se encontram submetidos os cidadãos portugueses originários.

E' a doutrina que resulta, sem sombra de dúvida, do citado artigo 18.º, o qual coloca no mesmo plano o cidadão português por nascimento e o que o for por naturalização.

Mas, se é esta a *regra geral*, as nossas leis nem sempre a observam, excluindo o naturalizado do gozo de alguns direitos políticos, sobretudo daqueles que têm por conteúdo a alta direcção política do Estado. E assim é que os naturalizados não podem ser: presidentes da Republica (Constituição, art. 39); ministros de Estado (Const. art. 47.º, n.º 10); deputados ou senadores (Const. art. 7.º; cod. eleitoral, art. 4.º § 2.º); vogais dos corpos administrativos (cod. eleitoral, art. 4.º § 2.º; lei de 7 de agosto de 1913, art. 8.º § 1.º n.º 14.º); agentes do ministério público, e portanto, em regra, juizes de direito, por estes serem, também em regra, recrutados na magistratura do ministério público (decreto de 24 de outubro de 1901, art. 12.º § 1.º); funcionários públicos, em geral, antes que decorram cinco anos depois da naturalização (dec. de 2 de dezembro de 1910, art. 3.º).

Além de privar os naturalizados de exercer quaisquer fun-

ções publicas antes que decorram cinco anos posteriormente à naturalização, o decreto de 2 de dezembro de 1910 ainda os inibe de, no mesmo periodo, exercerem funções de direcção ou fiscalização em sociedades ou outras entidades dependentes do Estado por contrato ou por êle subsidiadas, como são todas as sociedades que exploram concessões feitas pelo Estado (caminhos de ferro, emissão de notas ou obrigações prediais, fabrico de tabaco ou fósforos etc) e os estabelecimentos de beneficência que recebem subsídios do Estado. As funções de direcção ou fiscalização dessas sociedades ou estabelecimentos foram equiparadas às funções publicas e por isso sujeitas ao mesmo regime.

A exigência do decurso dos cinco anos estabelecida pelo decreto de 1910 não abrangia, porém, os naturalizados antes da vigência do mesmo decreto. Assim o esclareceu o decreto de 28 de março de 1911, que veio interpretar o decreto anterior, declarando que este não tinha efeito retroactivo, dizendo-se no seu relatório que o artigo 3.º do decreto de 1910 não prejudicava nem os já naturalizados que exerciam as funções indicadas nem mesmo os estrangeiros que, sem naturalização, as estavam exercendo. (1)

(1) Tanto a lei de 29 de julho de 1887 (Base 50, b, e, c.), que regulou a concessão de privilégio da emissão de notas na metrópole, hoje adjudicado ao Banco de Portugal, como o decreto 5988, de 30 de maio de 1919 (art. 5.º), que regulou a concessão dos privilégios de emissão de notas e de obrigações prediais nas colónias, hoje adjudicados ao Banco Nacional Ultramarino, determinam que os corpos gerentes dos bancos concessionários serão constituídos por cidadãos portugueses.

Nem sempre, porém, assim acontece nos diplomas legislativos que regulam a concessão de monopólios, de serviços públicos ou de empreendimentos coloniais.

umas vezes êsses diplomas contêm preceitos especiais que determinam a proporção em que podem entrar estrangeiros nos corpos gerentes das companhias concessionárias, como acontece, por exemplo, com a lei de 25 de março de 1891, que autorizou o Governo a conceder o exclusivo do fabrico dos tabacos em harmonia com as bases anexas à mesma lei, determinando o art. 2.º dessas bases que os corpos gerentes deverão ser constituídos de cidadãos portugueses, mas acrescentando que a minoria dos conselhos de administração e fiscal poderá ser composta de estrangeiros residentes fora de Portugal, e com as cartas orgánicas das companhias de Inhambane, do Nyassa e de Moçambique (decretos de 30 de julho de 1891, art. 15, de 26 de setembro de 1891, art. 14.º, e de 17 de maio de 1897, art. 11.º), que também admitem, dentro de certos limites, que os estrangeiros possam fazer parte dos corpos gerentes das mesmas companhias.

Em tal caso, como se trata de diplomas especiais, deverá entender-se que, embora estes sejam anteriores ao decreto de 2 de dezembro de 1910, prevalecem sobre a lei geral, já que esta os não revogou expressamente ou de modo iniludível, podendo por isso os estrangeiros, mesmo não naturalizados, fazer parte dos corpos gerentes dessas companhias, nos termos indicados nos mesmos diplomas.

Contudo, quando estes não marquem, quanto aos portugueses naturalizados, o tempo que deve decorrer desde a naturalização para que possam fazer parte dos corpos gerentes das mesmas companhias, na parte em que

(1) Ob. cit., pág. 82.

(2) Ob. cit., pág. 86.

(3) Ob. cit., pag. 82.

Todavia, a regra é a igualdade entre cidadãos originários e naturalizados e, por isso, só mediante preceito expresso de lei é que estes devem considerar-se excluídos do gozo de qualquer direito político.

3.º) *Persistência dos efeitos da naturalização.* Não marca a lei limites à duração dos efeitos da naturalização e por isso deve entender-se que a qualidade de cidadão português adquirida por naturalização persiste enquanto se não der qualquer dos factos por que, em geral, se perde a qualidade de cidadão português. E a verdade desta doutrina é confirmada pelo artigo 3.º do decreto n.º 2555, de 25 de abril de 1916, que anulou as naturalizações concedidas a súbditos da Alemanha ou de países seus aliados, até à data da declaração da guerra, o qual mostra que, para as naturalizações deixarem de produzir efeitos, foi necessário anulá-las por meio de um decreto com força de lei.

Pode, porém, o efeito da naturalização acabar por virtude de preceitos estabelecidos em tratados, quando se verificarem as circunstâncias previstas nos mesmos tratados. É o que acontece com a convenção entre Portugal e os Estados Unidos, de 7 de maio de 1908, cujo artigo 3.º dispõe: «Se um antigo súbdito português naturalizado nos Estados Unidos tornar a residir em Portugal, sem intenção de volver à América, será havido como tendo renunciado à sua naturalização nos Estados Unidos, e reciprocamente, se um antigo cidadão americano, naturalizado em Portugal, tornar a residir nos Estados Unidos, sem intenção de volver a Portugal, será havido como tendo renunciado à sua naturalização em Portugal». Como se vê, este tratado estabelece um caso nítido de *renúncia tácita* da nacionalidade do país de naturalização.

34 — Conhecida a teoria legal dos meios de aquisição da nacionalidade portuguesa, estudemos as causas da sua *perda*.

Estas causas são a naturalização, a aceitação de mercê de Governo estrangeiro sem licença do Governo português, e o casamento de portuguesa com estrangeiro (1).

os mesmos corpos gerentes devem ser formados de cidadãos portugueses, deve decorrer o prazo de cinco anos estabelecido pelo decreto de 1910, que cumpre aplicar, como lei geral, nos casos não previstos pelos diplomas especiais.

Outras vezes nada se encontra estabelecido nos diplomas legislativos que regulam a concessão de monopólios ou de serviços públicos. Nesta hipótese, deve observar-se integralmente o preceito do decreto de 1910.

(1) O art. 22.º, n.º 3.º, do Código civil ainda declara que perde a qualidade de cidadão português o expulso por sentença enquanto durarem os efeitos desta. Consideramos, porém, este preceito revogado pelos artigos 81.º a 84.º da nova reforma penal de 14 de junho de 1884, reproduzidos nos artigos 74.º a 77.º do Código penal vigente, onde se estabelece que a sentença penal condenatória tem unicamente os efeitos declarados nos mesmos artigos, em nenhum dos quais aparece a perda da nacionalidade por-

1 — *Naturalização.* O art. 22.º do Código civil, enumerando as pessoas que perdem a qualidade de cidadão português, indica no n.º 1.º: «O que se naturaliza em país estrangeiro». E, nos §§ 1.º e 2.º, mede a extensão do efeito da naturalização quanto à mulher e aos filhos menores do naturalizado, nestes termos: «§ 1.º A naturalização em país estrangeiro, de português casado com portuguesa, não implica a perda da qualidade de cidadão português em relação à mulher, salvo se ela declarar que quer seguir a nacionalidade do marido. § 2.º Da mesma forma, a naturalização em país estrangeiro, de português, ainda que casado com mulher de origem estrangeira, não implica a perda da qualidade de cidadão português em relação aos filhos menores, havidos antes da naturalização, salvo se estes, depois da maioridade ou emancipação, declararem que querem seguir a nacionalidade de seu pai».

Procuramos, em face destes textos, determinar a *espécie* de naturalização a que a lei se refere e qual a sua *extensão*

a) *Espécie.* As legislações divergem muito sobre o carácter e alcance da naturalização. Quanto ao *carácter*, a naturalização ora é *voluntária*, no sentido de ser *requerida* pelo naturalizado, que é a regra, ora é *legal*, no sentido de serem declarados cidadãos do Estado os indivíduos que se encontram em determinadas condições. Desta segunda espécie encontramos um exemplo muito característico na Constituição brasileira de 24 de fevereiro de 1891, cujo art. 69.º decretou a nacionalização de todos os estrangeiros que, encontrando-se no Brasil em 15 de novembro de 1889, não declarassem, dentro de seis meses depois de ela entrar em vigor, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem (n.º 4.º), e bem assim declarou brasileiros os que possuírem bens imóveis no Brasil e forem casados com brasileiras ou tiverem filhos brasileiros, desde que residam no Brasil, salvo se manifestarem a intenção de não mudarem de nacionalidade (n.º 5.º).

Quanto à extensão dos direitos reconhecidos ao naturalizado, ora é *plena*, também chamada *grande naturalização*, quando confere ao naturalizado todos os direitos reconhecidos ao cidadão originário, ora é *limitada*, quando lhe recusa alguns desses direitos, colocando-o numa situação intermediária entre o nacional e o estrangeiro, encontrando-se as duas espécies de naturalização, por exemplo, no direito inglês (1).

Sendo assim, pergunta-se naturalmente a que espécie de naturalização se refere o n.º 1.º do artigo 22.º. Entendemos que a questão deve ser resolvida no sentido de que, no artigo 22,

luguesa, e por isso nenhuma referência fizemos no texto àquele n.º 3.º (Vide, no mesmo sentido Dr. G. Moreira, ob. cit., pag. 182, nota (2)); Dr. Carneiro Pacheco, ob. cit., pag. 29; em sentido contrario, *Revista de legislação e de jurisprudência*, ano 34, pag. 18).

(1) Vide Lehr. ob. cit., pag. 100.

o legislador teve em vista apenas a naturalização que resulta de um *pedido* do naturalizado sobre o qual recaia a *concessão* ou uma *decisão* da autoridade competente do Estado de naturalização: 1.º) porque a lei usa a fórmula — *que se naturaliza em país estrangeiro*, a qual mostra que o legislador teve em vista uma naturalização que depende *inicialmente* de um acto de vontade do naturalizado, fórmula bem diferente da que emprega no n.º 4. do mesmo artigo, ao referir-se à perda da nacionalidade da mulher portuguesa que casa com estrangeiro, quando diz que ela continuará a ser portuguesa se, por esse facto — *não for naturalizada pela lei do marido*, mostrando a comparação das duas fórmulas que o legislador distinguiu entre a naturalização que resulta inicialmente de um acto de vontade do naturalizado e a que resulta da lei; 2.º) porque o n.º 1.º do artigo 22.º representa, quanto à perda da qualidade de cidadão português, o que o n.º 5.º do artigo 18.º representa quanto a aquisição daquela qualidade, e é evidente que, como já se deprehendia do artigo 19.º do Código civil e hoje sem sombra de dúvida resulta do artigo 1.º do decreto de 2 de Dezembro de 1910, o n.º 5.º do art. 18.º se refere à naturalização *pedida* pelo naturalizado, pois o decreto diz que a *requerida*; 3.º) porque, tendo o Código civil admitido apenas, quanto à aquisição da qualidade de cidadão português, além da naturalização requerida pelo naturalizado, a naturalização resultante do casamento (art. 18.º, n.ºs 5.º e 6.º), é lógico pensar que o mesmo Código apenas teve em vista as duas formas de naturalização quanto à perda daquela qualidade, donde se conclui que, sendo a segunda forma de naturalização indicada no n.º 4.º do artigo 22.º, o n.º 1.º ficou compreendendo somente a primeira; 4.º) porque a fórmula usada no n.º 1.º do artigo 22.º do Código civil — *que se naturaliza em país estrangeiro* é inteiramente semelhante à usada pelo artigo 155.º do Código penal de 1852 — *que se naturaliza em país estrangeiro*, ao prever e punir o crime de naturalização em país estrangeiro sem autorização do Governo, e é manifesto que o Código penal não podia referir-se senão à naturalização requerida pelo naturalizado, pois que o legislador não podia punir um português só porque uma lei estrangeira o naturalizasse, sem elle solicitar a naturalização (1).

(1) O Código penal de 1886 reproduziu o artigo 155.º do Código penal de 1852, como elle ali se lia, mas indevidamente, pois esse artigo, emquanto punia a naturalização em país estrangeiro ou a aceitação de condecoração ou emprego de Governo estrangeiro, tinha sido revogado pelo Código civil, pela clara razão de que a pena estabelecida pelo Código penal era a perda dos direitos políticos, e o naturalizado em país estrangeiro, desde que pelo Código civil perde a nacionalidade portuguesa, deixa de ter direitos políticos, não podendo por isso ser condecorado na perda de uma coisa que já perdeu. Ora a lei de 14 de Junho de 1884, que aprovou a nova reforma penal, autorizando o Governo a fazer uma nova publicação official do Código penal, em que deviam inserir-se as disposições da mesma lei (artigo 5.º), só podia ser enten-

Sob o ponto de vista da extensão dos direitos provindos da naturalização em país estrangeiro, não autoriza a lei qualquer distincção, e por isso deve produzir a perda da qualidade de cidadão português tanto a naturalização plena como a naturalização limitada.

b) *Extensão*. Como se vê do texto, aqui o legislador foi expresso. A naturalização em país estrangeiro tem efeito puramente individual, não implicando a naturalização do marido a da mulher, nem abrangendo a do pai os filhos menores havidos antes da naturalização. E ainda resulta do texto com clareza que a naturalização do pai *nunca* abrange a dos filhos maiores e abrange *sempre* a dos filhos havidos depois de realizada.

Duas dúvidas suscita, porém, o texto, que importa considerar.

A primeira aparece em face da fórmula do § 1.º — *português casado com portuguesa*, a qual dá lugar à pergunta se a lei apenas quis referir-se à mulher *portuguesa originária* ou também à *portuguesa por casamento*. Entendemos que se refere tanto a uma como a outra, por uma razão de princípio e por uma razão de texto. A razão de princípio está em que o motivo para manter à mulher casada a nacionalidade portuguesa é igual num e noutro caso, por isso que o marido pode *naturalizar-se* num país diferente do país de origem da mulher. A razão de texto está em que o § 2.º, para designar a mulher portuguesa pelo casamento, usou a fórmula — *mulher de origem estrangeira*, o que mostra que a fórmula do § 1.º — *com portuguesa* abrange a portuguesa originária e a portuguesa por casamento.

A segunda dúvida respeita ao *modo* como, ao *lugar* onde e ao *tempo* em que a mulher casada e os filhos menores não de fazer a declaração de querer seguir a nacionalidade do marido ou do pai, visto o legislador se ter esquecido de o dizer.

Uma coisa é certa, em primeiro lugar. É que a declaração não tem que ser feita no acto de naturalização do marido ou do pai, pela razão simples de que os filhos só a podem fazer depois de chegarem à maioridade ou depois de serem emancipados. A declaração deve constituir, pois, um *acto independente*.

Perante quem deverá, porém, fazer-se?

Só o poderá ser evidentemente perante alguma das autoridades que a lei portuguesa considera competentes para receber declarações de nacionalidade, e, portanto, ou perante as muni-

dida no sentido que, do Código de 1852, apenas deviam ser transcritas as disposições não revogadas (Vide: Dr. Abel do Valle, *Código penal anotado*, t. pag. 322; *Revista de legislação e de jurisprudência*, ano 56, n.º 1566, pag. 321; Dr. Luis Osório, *Notas ao Código penal português*, pag. 298; Dr. Carneiro Pacheco, ob. cit., pag. 28).

cipalidades portuguesas, ou perante os agentes consulares portugueses, ou perante as autoridades estrangeiras competentes para receber declarações de nacionalidade.

Além disso, parece resultar dos textos que a competência para receber declarações de nacionalidade resulta da *residência* do declarante (art. 18.º, §§ 1.º 2.º, e art. 22, n.ºs 1.º e 4.º), e por isso se nos afigura legal a doutrina de que a mulher e os filhos poderão fazer a declaração de nacionalidade quer perante a municipalidade portuguesa do lugar em que residirem, quer perante os agentes consulares portugueses ou perante a competente autoridade estrangeira, se residirem em país estrangeiro.

Quanto ao *tempo*, como a lei não marca prazo para fazer a declaração, deverá entender-se que ela pode ser feita a todo o tempo (Cód. civil, art. 537.º).

Nesta matéria da naturalização de portugueses em país estrangeiro, ainda surge, a respeito da mulher casada, a questão de saber se ela tem o direito de se naturalizar independentemente da naturalização do marido e se, no caso afirmativo, precisa do seu consentimento. E' a questão correspondente à que ventilámos a propósito da naturalização em Portugal de mulher casada estrangeira.

No seu primeiro aspecto, a questão deve, em nosso entender, resolver-se afirmativamente, pela dupla razão de que o Código civil não faz restrição alguma acêrca do direito de os portugueses mudarem de nacionalidade, e de que aquele Código admite claramente, como já dissemos, que marido e mulher possam ter diferente nacionalidade.

No seu segundo aspecto, a questão tem de ser considerada em face da lei portuguesa e em face da lei do país de naturalização.

Quanto à lei portuguesa, como esta não estabelece as condições de subsistência da naturalização em país estrangeiro, apenas importa ver se haverá algum princípio de carácter geral que torne necessário o consentimento do marido.

Só poderia invocar-se o artigo 1195.º do Código civil, que inibe a mulher de contrair obrigações sem autorização do marido. Semelhante preceito foi, porém, escrito para as obrigações de carácter patrimonial, e a naturalização não representa evidentemente uma obrigação dessa natureza. Ora, desde que outro preceito não existe, deve concluir-se pela liberdade de naturalização, doutrina tanto mais defensável, quanto é certo que, segundo o direito vigente (Dec. n.º 1, de 25 de dezembro de 1910, art. 41.º), o marido não pode exigir que a mulher vá para a sua companhia, o que permite que ela possa residir em país estrangeiro e assim realizar a condição da residência, ordinariamente exigida para requerer a naturalização.

Póde, porém, a lei do país de naturalização exigir a autorização do marido e, desde que o artigo 22.º, n.º 1.º, do Código civil apenas se limitou a considerar a naturalização em

país estrangeiro como causa de perda da nacionalidade portuguesa, sem determinar as condições em que a naturalização podia dar-se, tem de entender-se que quis aceitar a naturalização como ela for organizada no país respectivo, dependendo portanto a sua regularidade das condições estabelecidas pela lei desse país, entre as quais póde entrar a de que a mulher estrangeira casada precisa de autorização do marido, para se naturalizar no mesmo país, embora semelhante exigência se desvie do principio de que a capacidade é regulada pela lei pessoal e, antes da naturalização, deva regular a lei da antiga nacionalidade (¹).

11. *Acetiação de mercê de Governo estrangeiro.* No n.º 2.º dispõe o artigo 22.º que perde a qualidade de cidadão português aquele que, sem licença do Governo, aceitar funções públicas, graça, pensão ou condecoração de qualquer Governo estrangeiro. Funda-se o preceito na presumida falta de amor pátrio por parte de quem, sem licença, aceita alguma das apontadas mercês de Governo estrangeiro, devendo considerar-se exageradamente rigoroso, e podendo ter-se limitado ao caso de acetiação de empregos, pois só nesse caso o interessado se encontraria impossibilitado de cumprir os seus deveres de cidadão português (²).

Como reveste carácter penal, tem o mesmo preceito de ser interpretado restritivamente, e por isso não abrange aqueles que aceitem mercês de qualquer entidade que não seja um Governo estrangeiro.

Mas, dentro dos limites em que o preceito póde ser aplicado, a perda da nacionalidade opera se pela acetiação da mercê, não se tornando necessária decisão de qualquer autoridade para que aquela perda se verifique, como acontece no Brasil, onde a lei exige que seja pronunciada por decreto do Governo (Dec. n.º 569, de 7 de junho de 1899).

111—*Casamento.* No n.º 2.º declara o artigo 22.º que perde a qualidade de cidadão português a mulher portuguesa que casa com estrangeiro, salvo se não for, por esse facto, naturalizada pela lei do país do marido. É um preceito logicamente recíproco daquele que atribui a nacionalidade portuguesa à mulher estrangeira que casar com cidadão português.

Não quis, porém, o legislador que a mulher portuguesa que casasse com um estrangeiro ficasse sem nacionalidade, e por isso do casamento só resulta para ela a perda da nacionalidade portuguesa quando, segundo a lei do país do marido, adquira a nacionalidade deste. É, assim, toda a mulher portuguesa que casar com um brasileiro ficará sendo portuguesa, por não

(¹) Vide Weiss, ob. cit., pag. 567.

(²) Vide Dr. Guilherme Moreira, ob. cit., pag. 181.

adquirir a nacionalidade brasileira a mulher estrangeira que casar com um cidadão brasileiro (').

35 — A perda da qualidade de cidadão português não é *irremediável* em nenhum dos casos em que a lei a estabelece, podendo ser *readquirida* nos termos na mesma lei estabelecidos. Consideraremos, pois, os meios de readquirição da nacionalidade portuguesa relativamente a cada um dos casos da sua perda, e procuraremos depois determinar os seus *efeitos*.

I — *Meios*. No caso de naturalização, o naturalizado pode recuperar a nacionalidade portuguesa regressando ao país com ânimo de domiciliar-se nele e declarando-o assim perante a municipalidade do lugar que eleger para seu domicílio (art. 22.º, n.º 1.º). Neste caso, o meio é, pois, o *regresso* ao país com intenção de se domiciliar, seguido de uma *declaração*. É um meio simples e deverá haver-se como um acto de naturalização para o efeito de o interessado ser considerado como tendo perdido a nacionalidade adquirida em país estrangeiro, se, segundo a lei desse país, a naturalização for meio de perder a nacionalidade.

Este conceito da readquirição da qualidade de cidadão português é praticamente importante, para o efeito da aplicação do artigo 2.º do decreto de 2 de dezembro de 1910, relativo à situação jurídica do *português-estrangeiro*, de que em breve nos ocuparemos.

Importa observar que, em face do artigo 3.º da convenção entre Portugal e os Estados Unidos de 7 de maio de 1908, o regresso a Portugal sem intenção de voltar à América é havido como renúncia à naturalização nos Estados Unidos e aquela intenção pôde considerar-se demonstrada desde que o interessado tenha residido mais de dois anos em Portugal. Os portugueses naturalizados nos Estados Unidos que regressarem a Portugal e cá residirem por mais de dois anos estão, pois, dispensados, para recuperar a qualidade de cidadão português, de fazer a declaração exigida pelo artigo 22.º, n.º 1.º, do Código civil. Basta o regresso acompanhado da residência de mais de dois anos.

Os desnacionalizados por haverem aceitado mercê de Governo estrangeiro só podem, porém, reabilitar-se por *graça especial* do Governo português. Aqui a readquirição da qualidade de cidadão português deixa de ser um *direito*, para ser uma *concessão* do poder, e por isso depende de um decreto em que o Governo pronuncie a reabilitação.

(1) Vide Beviláqua, *Direito de família*, § 50, *Princípios de direito internacional privado*, pag. 28, *Direito público internacional*, I, pag. 259, e *Código civil commentado*, I, pag. 115; Rodrigo Octavio, *De la naturalisation et du recouvrement de la nationalité dans la législation brésilienne*, na *Revue de l'Institut de droit comparé*, 1913, pag. 305.

Relativamente à mulher portuguesa que case com estrangeiro, dispõe o n.º 4 do artigo 22.º: «Dissolvido, porém, o matrimónio, pôde recuperar a sua antiga qualidade de portuguesa, cumprindo com o disposto na 2.ª parte do n.º 1.º deste artigo» Para a viúva ou *divorciada*, a readquirição da nacionalidade portuguesa é assim, como para o naturalizado em país estrangeiro, um *direito*, apenas dependente do regresso ao país com intenção de se domiciliar e da declaração desse facto perante a competente municipalidade. E também tal readquirição da nacionalidade portuguesa deverá considerar-se um acto de naturalização para o efeito da aplicação do artigo 2.º do decreto de 2 de dezembro de 1910.

II — *Efeitos*. A respeito dos efeitos da readquirição da qualidade de cidadão português, dispõe o artigo 23.º: «As pessoas que recuperarem a qualidade de cidadãos portugueses, conforme o que fica disposto no artigo antecedente, só podem aproveitar-se deste direito desde o dia da sua reabilitação». Este preceito, que é tecnicamente perfeito, tem um duplo alcance.

Significa, em primeiro lugar, que os reabilitados só adquirirão os direitos civis e políticos que competem aos cidadãos portugueses desde o dia da reabilitação, o que não é senão lógico, pois, até o momento da reabilitação, não eram cidadãos portugueses. Mas, desde esse momento, deverão considerar-se como cidadãos originários, para o efeito de poderem gozar dos direitos de que estão privados os *simplesmente naturalizados*, pela clara razão de que se trata, não da *adquirição*, mas da *readquirição* da qualidade de cidadão português, restabelecendo-se naturalmente o estado de direito anterior à perda dessa qualidade.

Em segundo lugar, significa que a lei portuguesa, como lei pessoal, só pode aplicar-se aos actos posteriores à reabilitação que estejam sujeitos ao domínio da lei pessoal (Cód. civil, art. 24.º e 27.º; Cód. com., art. 12.º). Aos actos anteriores deverá aplicar-se a lei do país a que os reabilitados pertenciam no momento em que os praticaram (Cod. civil, art. 27.º; cod. com., art. 12.º).

36 — Não vinculando a liberdade dos Estados qualquer tratado ou costume normativo no sentido de os obrigar a regular de um modo determinado e uniforme a atribuição, perda ou readquirição da nacionalidade, sendo, pelo contrário livre, nesse ponto, a sua actividade legislativa, o resultado foi a diversidade das leis internas atributivas da nacionalidade e, com essa diversidade, o aparecimento da dupla anomalia de o mesmo individuo ter duas ou mais nacionalidades, ou de haver individuos sem nacionalidade. Estas duas anomalias constituem os conflitos de leis em materia de nacionalidade, nas suas duas formas de — *conflito positivo*, quando duas ou mais leis declaram o mesmo individuo cidadão do respectivo país

e por isso o mesmo indivíduo tem duas ou mais nacionalidades, e de — *conflicto negativo*, quando o indivíduo não pode, em face de lei alguma, invocar a qualidade de cidadão de determinado Estado, não tem nacionalidade e por isso se chama *apólide* ou *heimatlos* e se encontra na condição jurídica designada geralmente pela palavra *Heimatlosat* (1).

Basta comparar a lei portuguesa com a lei espanhola e com a lei brasileira, isto é, com as leis de dois dos países com que Portugal mantém mais relações, para verificar como podem dar-se, com efeito, as duas ordens de conflitos:

a) *Conflicto positivo*. Pelo artigo 18.º, n.º 2.º e § 1.º, do Código civil português, são cidadãos portugueses os indivíduos nascidos em Portugal de pais estrangeiros, uma vez que não declarem, perante a municipalidade portuguesa do lugar em que tiverem residido, que não querem ser cidadãos portugueses; e, pelo artigo 17.º, n.º 2.º, do Código civil espanhol, são espanhóis os indivíduos que nasçam em país estrangeiro de pais espanhóis. Se, pois, nascer em Portugal um filho de pais espanhóis e não se fizer a declaração de nacionalidade exigida pelo n.º 2.º do artigo 18.º do nosso Código civil, esse indivíduo será ao mesmo tempo português e espanhol. É um *português-estrangeiro*, na hipótese um *português-espanhol*.

Pelo artigo 18.º, n.º 3.º, do nosso Código civil, são portugueses os indivíduos nascidos em país estrangeiro de pai português, se declararem, perante os respectivos agentes consulares portugueses ou perante a competente autoridade estrangeira, que querem ser cidadãos portugueses, ou se vierem estabelecer domicílio em Portugal, e, pelo artigo 69.º n.º 1.º da Constituição política brasileira, são cidadãos brasileiros os indivíduos nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, uma vez que este não resida ao serviço da sua nação, sem que se admita qualquer declaração em sentido contrário. É evidente que, nascendo no Brasil um filho de pai português, a respeito do qual se faça a declaração de nacionalidade indicada no n.º 3.º do artigo 18.º do nosso Código civil, ou que venha domiciliar-se em Portugal, esse indivíduo será ao mesmo tempo português e brasileiro.

b) *Conflicto negativo*. Pelo artigo 18.º, n.º 3.º, do Código civil português, não é cidadão português o indivíduo que nasce em país estrangeiro de pai português se não declarar, perante o agente consular português ou perante a autoridade estrangeira competente, que quer ser cidadão português ou se não vier estabelecer domicílio em Portugal; e, pelos artigos 17.º, n.º 1.º, e 19.º do Código civil espanhol, o filho de pai estrangeiro, nas-

(1) A palavra *apólide* significa, literalmente, *sem cidade*, e a palavra *heimatlos* significa *sem pátria*, designado ambas portanto a *falta de nacionalidade*.

cido em Espanha, precisa, para ser considerado cidadão espanhol, de declarar, quando maior ou emancipado, perante o oficial do registo civil do lugar em que residir, que deseja ser espanhol. Se por isso nascer em Espanha um filho de pai português que não faça a declaração exigida pela lei portuguesa nem a declaração exigida pela lei espanhola, e que não venha estabelecer domicílio em Portugal, esse indivíduo não terá nacionalidade.

Pelo artigo 18.º, n.º 2.º, do nosso Código civil, não é cidadão português o filho de pai estrangeiro, nascido em Portugal, se for feita a declaração de que ele não quer ser cidadão português; e, pelo artigo 69.º, n.º 2.º, da Constituição brasileira, os filhos de pais brasileiros, nascidos em país estrangeiro, só são considerados cidadãos brasileiros quando vão estabelecer domicílio no Brasil.

Basta, pois, que nasça em Portugal um filho de pais brasileiros, que a seu respeito se faça a declaração de que ele não quer ser cidadão português, e que ele não vá estabelecer domicílio no Brasil, para ficar sem nacionalidade.

37 — Dada a existência de indivíduos com duas ou mais nacionalidades e de indivíduos sem nacionalidade, e dada a importância da determinação da nacionalidade tanto a respeito da atribuição de direitos como a respeito da fixação da lei pessoal, é indispensável estabelecer os princípios de resolução tanto do conflito positivo como do conflito negativo, para o efeito de definir a atitude dos tribunais portugueses quando tenham de decidir acerca da situação de indivíduos que tenham duas ou mais nacionalidades ou que não tenham nacionalidade.

1.º) *Princípios de orientação*. Alguns escritores, entre os quais destacaremos Stoerk e Zeballos (1), têm procurado formular os princípios basilares da teoria da nacionalidade pela combinação de quatro ideias fundamentais — a ideia de que todo o indivíduo deve ter *uma* nacionalidade, a ideia de que cada pessoa deve ter *só uma* nacionalidade, a ideia de que deve ser permitido *mudar* de nacionalidade, e a ideia de que se deve *conservar* a *antiga* nacionalidade enquanto *uma nova* nacionalidade não for adquirida.

Estas quatro ideias representam para Stoerk quatro princípios, a que ele dá estas fórmulas expressivas: 1.º Princípio da *cidade*; 2.º) princípio da *exclusividade*; 3.º) princípio da *mutabilidade*; 4.º) princípio da *continuidade*.

Zeballos eleva a dez o número dos princípios, intitulando-os *os axiomas da nacionalidade* e considerando-os como a síntese

(1) Stoerk, *Les changements de nationalité et le droit des gens*, na *Revue de droit international public*, 1895, pag. 273 e seg.; Zeballos, *ob. cit.*, 1, pag. 265.

do direito público e do direito privado em matéria de nacionalidade. Esses axiomas são: I—A nacionalidade é um laço voluntário *bona fide*; II—todas as pessoas devem ter uma nacionalidade; III—nenhuma pessoa deve ter duas nacionalidades; IV—todas as pessoas têm o direito de mudar livremente de nacionalidade; V—o Estado não tem o direito de proibir que as pessoas mudem de nacionalidade; VI—o Estado não tem o direito de obrigar as pessoas a mudar de nacionalidade contra a sua vontade; VII—todas as pessoas conservam o direito de readquirir a nacionalidade que abandonaram; VIII—o Estado não pode impor a sua nacionalidade às pessoas domiciliadas no seu território contra a vontade destas; IX—a nacionalidade natural ou aquela que foi voluntariamente aceita determina, quanto às pessoas, a aplicação do direito privado; X—o Estado tem o dever de determinar a condição de direito privado das pessoas sem nacionalidade (*heimatlosen*).

É fácil de ver que o *decálogo* de Zeballos é redutível à *tetralogia* de Stoerk, se exceptuarmos o axioma IX de Zeballos, que, rigorosamente, já não respeita à teoria da nacionalidade, mas sim à competência da lei pessoal, e que ambas as enumerações traduzem fundamentalmente as ideias da unidade, da exclusividade, do carácter voluntário e da continuidade da nacionalidade.

Que valor jurídico poderá, porém, atribuir-se aos princípios de Stoerk ou aos axiomas de Zeballos, na resolução dos conflitos de leis em matéria de nacionalidade? Serão verdadeiros *princípios jurídicos* de direito interno ou de direito internacional, que os tribunais de um Estado devam aplicar, por constituírem regras de direito directamente estabelecidas pelo Estado como normas de direito interno, ou por o Estado, quer por acôrdo normativo tácito (costume internacional), quer por acôrdo normativo expresso (tratado), se ter obrigado a fazer respeitá-los pelos seus tribunais, integrando-os implícita ou explicitamente na ordem jurídica interna?

Tais princípios não constituem nem regras de direito internacional, não havendo costume ou tratado que os tenha tornado obrigatórios nas relações entre os Estados, nem tão pouco regras de direito uniforme, sendo difícil encontrar, se alguma existe, uma legislação que, em matéria de nacionalidade, seja em harmonia com elles inteiramente organizada.

Não serão, pois, valor algum os referidos princípios na sciência do direito ou na prática jurídica? Têm valor como *princípios de orientação*, quer dos parlamentos ou das assembleias diplomáticas, quando procurem fixar em leis internas ou em tratados as regras relativas à atribuição da nacionalidade, leis e tratados que deverão moldar-se evidentemente pelos princípios da cidade, da exclusividade, da mutabilidade e da continuidade, considerando-os como a expressão de idealidades jurídicas dignas de ser convertidas em realidades legais, quer

dos tribunais, que devem considerá-los como tendo presidido à elaboração das leis atributivas da nacionalidade, para em harmonia com elles interpretarem as mesmas leis, sempre que a isso não obste um preceito expresso. E só neste sentido pôde aceitar-se a afirmação de Zeballos, quando diz que os seus axiomas representam a síntese do direito público e do direito privado em matéria de nacionalidade, desde que se atribua a tal afirmação o significado de que a análise das legislações mostra que o direito dos povos civilizados tem obedecido fundamentalmente aos referidos princípios.

2) *Princípios jurídicos*. Dois são os princípios jurídicos de carácter geral que devem guiar os tribunais na resolução dos conflitos das leis atributivas da nacionalidade: o princípio da *liberdade* do Estado na organização dessas leis e o princípio do carácter *absolutamente imperativo* das mesmas leis.

Desde que não existe uma regra de direito internacional que obrigue o Estado a estabelecer sobre certas bases as leis atributivas da nacionalidade, a consequência é que o Estado tem a liberdade de organizar essas leis como bem entender, e daí deriva evidentemente o corolário de que, para os tribunais de um país, têm igual valor as leis dos outros países em matéria de nacionalidade, por mais divergentes que sejam umas das outras e por mais divergentes que sejam da *lex fori*. Os Estados são independentes e iguais na ordem internacional, a sua actividade legislativa é livre enquanto a não vinculam regras de direito internacional consuetudinárias ou convencionais, e por isso, para os tribunais de um Estado, são de igual valor as leis, iguais ou diferentes, dos outros Estados em matéria de nacionalidade.

As leis que definem os meios por que se adquire, perde ou readquire a qualidade de cidadão são *leis políticas*, enquanto determinam as pessoas que constituem a comunidade política organizada pelo Estado, sendo indiferente o lugar em que elas se encontrem na legislação de cada país, quer se leiam na Constituição, quer apareçam nos códigos civis, quer estejam em diplomas avulsos. E, sendo leis políticas, são leis de constituição do sistema jurídico do Estado⁽¹⁾, têm o valor de leis de ordem pública internacional e, como tais, são de aplicação rigorosamente obrigatórias para os tribunais, não podendo prevalecer contra ellas quaisquer leis estrangeiras. Desta qualidade das leis atributivas da nacionalidade resulta a consequência de que os tribunais de um Estado *apenas* poderão considerar cidadãos dêsse Estado, e deverão considerar *sempre* assim, os indivíduos que as leis do mesmo Estado declarem tais.

(1) Arminjon, *Revue Darras -- de Lapradelle*, vol. XV, pag. 432.

38 — Estabelecidos os princípios gerais que devem presidir à resolução dos conflitos das leis atributivas da nacionalidade, procuremos resolver os mesmos conflitos, começando pelo

a) *Conflito positivo*. Este conflito, resultando, como vimos, de duas leis considerarem o *mesmo indivíduo* como cidadão do respectivo Estado, pode surgir: a) ou perante um tribunal de um dos Estados de que o indivíduo é nacional; b) ou perante o tribunal de um terceiro Estado.

a) Se o conflito se levantar perante os tribunais de um dos Estados de que o indivíduo é nacional, deverão esses tribunais, em obediência aos princípios acima formulados, considerá-lo cidadão desse Estado, aplicando exclusivamente a *lex fori* e, pondo de parte a lei estrangeira, a não ser que um preceito expresso da *lex fori* obrigue a seguir outro caminho. Em verdade, se o Estado é livre na organização das leis atributivas da nacionalidade e se estas leis são de aplicação absolutamente imperativa para os tribunais, a solução logicamente rigorosa não pode ser outra. É tal a doutrina sancionada no artigo 9.º do Código civil brasileiro, onde se determina que, no caso de um indivíduo ter duas nacionalidades e uma ser brasileira, prevalece a lei brasileira.

No direito português há igualmente um preceito expresso, mas seguindo outra orientação. É o artigo 2.º do decreto de 2 de dezembro de 1910, assim redigido: «O cidadão português, que porventura seja havido como nacional também de outro país, enquanto viver neste não poderá invocar a qualidade de cidadão português».

Em face deste preceito e das considerações que temos feito, a doutrina geral a aplicar pelos tribunais portugueses é a seguinte:

1.º) Se o português-estrangeiro *viver* em Portugal ou em qualquer Estado de que não seja nacional, deve ser considerado cidadão português.

2.º) Se o português-estrangeiro *viver* no Estado de que também é nacional, não pode invocar a qualidade de cidadão português enquanto aí viver.

A primeira regra é evidente. A segunda, porém, suscita graves dificuldades pelo que respeita à determinação do sentido da palavra *viver* e da fórmula — *não poderá invocar a qualidade de cidadão português*. Qual seria o pensamento do legislador?

Empregou o decreto a palavra *viver*, em vez das palavras *domicílio* ou *residência*, que são as usualmente adoptadas nas leis para indicar a maior ou menor permanência do indivíduo num determinado lugar.

Numa de três situações pode encontrar-se uma pessoa a respeito de um determinado lugar — o *domicílio*, que é uma relação de direito, a *residência*, que é uma relação de facto, e a simples *passagem*, que é igualmente uma relação

de facto. A qual destas situações pretenderia referir-se o legislador?

Á simples passagem, evidentemente que não, pois não pode dizer-se que *vive* num país quem aí se encontra eventualmente em uma visita ou para tratar de algum negócio.

Seria, porém, ao *domicílio*, seria à *residência*, ou seria ao *domicílio* acompanhado de *residência*?

Viver num lugar supõe uma certa permanência nesse lugar e supõe igualmente que uma pessoa se encontra com esse lugar, não apenas numa relação de direito, mas numa relação de facto, isto é, supõe que o indivíduo se encontra nesse lugar e aí se detém com *permanência*. Viver num país parece, pois, equivaler a *residir* nesse país, e portanto parece que o legislador quis abstrair tanto de *domicílio*, como simples relação de direito, já que o *domicílio* pode persistir num lugar dando-se a *residência* em lugar diverso (Cód. civil, art. 43.º, 47.º e 50.º), como da simples passagem, pois que esta exclui a idea de permanência.

Mas, se o legislador teve em vista a *residência* permanente no país de que o português-estrangeiro também seja nacional, torna-se evidente que a lei se refere ao *domicílio efectivo* nesse país, já que a *residência* permanente é exactamente a causa determinante do *domicílio voluntário* (Cód. civil, art. 41.º). E esta interpretação está de harmonia com a função que o Código civil atribuiu ao *domicílio* na determinação da nacionalidade. Com efeito, do art. 18.º, n.º 3.º, e do artigo 22.º, n.ºs 1.º e 4.º, vê-se que o facto do estabelecimento do *domicílio* em Portugal pode ser, em determinados casos, um meio de *opção* pela nacionalidade portuguesa (art. 18.º, n.º 3), ou um meio de *readquisição* daquela nacionalidade (art. 22.º, n.ºs 1.º e 4.º), e igualmente se vê que o legislador tinha em vista o *domicílio voluntário* estabelecido pela *residência* permanente, pois ou diz — *que vierem estabelecer domicílio no reino* (art. 18.º, n.º 3.º), ou diz — *que regressarem ao reino com ânimo de domiciliar-se nele*, expressões que claramente indicam que era o *domicílio* estabelecido pela *residência* permanente aquele que o legislador tinha em vista.

Quanto à fórmula — *não poderá invocar a qualidade de cidadão português*, é o seu sentido um pouco mais difícil de determinar.

Teve o legislador certamente por fim remediar os efeitos da dupla nacionalidade, removendo a possibilidade de conflitos semelhantes aos que, por virtude de tal anomalia, têm surgido entre alguns Estados europeus e os Estados americanos, pelo facto de os primeiros, admitindo o princípio do *jus sanguinis*, considerarem seus nacionais os filhos de cidadãos nascidos em país estrangeiro, e de os segundos, adoptando o princípio do *jus soli*, considerarem seus nacionais os filhos de estrangeiros nascidos no território, factos que originam claramente o aparecimento da dupla nacionalidade.

Estes conflitos das leis atributivas da nacionalidade deram origem a dificuldades de carácter internacional a respeito, sobretudo, do serviço militar e da exigência de indemnizações reclamadas pelos Governos por prejuízos causados aos seus nacionais em país estrangeiro. A questão relativa ao serviço militar apareceu, por exemplo, entre a Inglaterra e a Argentina, pelo facto de esta sujeitar ao serviço militar os filhos de ingleses nascidos no seu território, os quais, pelo direito inglês, são ingleses, e são argentinos, segundo o direito argentino. A questão das indemnizações apareceu nitidamente em 1902 por ocasião da resolução, por meio de arbitragem, da questão das indemnizações exigidas, entre outros, pelos Governos da Inglaterra, da França e da Itália, ao Governo da Venezuela, quer pela falta de pagamento por este Governo aos seus credores externos, quer em resultado de prejuízos causados aos estrangeiros por virtude das frequentes insurreições da Venezuela. A Inglaterra, a França e a Itália procuravam proteger os direitos dos seus nacionais, mas alguns dos protegidos eram, pela lei venezolana, cidadãos da Venezuela, e por isso a comissão arbitral teve de resolver, como questões prejudiciais, uma série de conflitos de dupla nacionalidade, pois que os Governos reclamantes só poderiam obter indemnizações para os indivíduos que devessem ser considerados seus nacionais.

A questão do serviço militar foi resolvida pela Inglaterra no sentido de que os filhos de pais ingleses, nascidos fora das possessões inglesas, são ingleses em Inglaterra, mas não podem invocar esta qualidade contra o Governo do país onde nasceram, pelo menos enquanto aí se encontrarem⁽¹⁾. Interpretando e aconselhando a prática inglesa, escreve Cogordan: «Já dissemos que, quando um indivíduo é inglês por nascimento, e ao mesmo tempo súbdito originário de outro país, o Governo britânico não o protege contra este país quando ele aí reside. E' assim que deverá proceder-se em França, se se quiser evitar conflitos inúteis. O indivíduo em questão será considerado como absolutamente francês: declarar-se há, porém, que a protecção diplomática, que lhe seria concedida em qualquer outra parte, lhe será recusada contra o seu país de origem, quando ele entender que deve transportar-se para aí»⁽²⁾.

Nas sentenças arbitrais que resolveram a questão das indemnizações pedidas à Venezuela, depois de muitas discussões e hesitações, venceu a doutrina de que, entre as duas nacionalidades, devia prevalecer a *nacionalidade efectiva*,

considerando-se o *domicílio* como a principal circunstância reveladora da nacionalidade efectiva⁽³⁾.

Duas concepções portanto se haviam formado na prática internacional para a resolução dos conflitos da dupla nacionalidade, a concepção informadora da prática inglesa, segundo a qual o inglês-estrangeiro é sempre considerado inglês em Inglaterra, não podendo, porém, invocar a protecção da lei inglesa contra o Estado de que também seja nacional, sobretudo quando aí se encontre, e a concepção que baseou as arbitragens relativas à Venezuela, em harmonia com a qual, na concorrência de duas nacionalidades, deve prevalecer a nacionalidade efectiva revelada pelo domicílio.

Qual das duas concepções terá aceite o autor do decreto de 1910, que certamente conhecia essas concepções e as questões internacionais em que elas se afirmaram?

Parece-nos que o legislador quis aceitar a concepção da *nacionalidade efectiva*, devendo o português-estrangeiro ser considerado estrangeiro para todos os efeitos quando tenha domicílio efectivo, isto é, domicílio acompanhado de residência permanente, no país de que também seja nacional.

Com efeito, o texto emprega a fórmula genérica — *não poderá invocar a qualidade de cidadão português*, e não diz apenas que ele não poderá invocar essa qualidade contra as autoridades do país de que também seja nacional, como deveria dizer se tivesse em mente a concepção da prática inglesa. Mas, se o português-estrangeiro, enquanto viver no país de que também seja nacional, não pode invocar a qualidade de cidadão português contra quem quer que seja, é que ele não pode ser considerado cidadão português para efeito algum. Nem tão pouco poderá ser alegada contra ele a qualidade de cidadão português, aliás resultaria o absurdo de que o mesmo indivíduo seria estrangeiro para consigo mesmo, e seria português para com os outros, pois não poderia defender-se com a lei portuguesa como sua lei nacional, enquanto estranhos poderiam obter contra ele as sanções da lei portuguesa.

Emquanto, pois, o português-estrangeiro tiver o seu domicílio efectivo no país de que também seja nacional, deve ser considerado pelos tribunais e autoridades portuguesas como estrangeiro, passando, porém, a ser considerado cidadão português logo que deixe de ter domicílio efectivo nesse país, quer o estabeleça em Portugal, quer num terceiro Estado.

Devemos notar que o domicílio do português-estrangeiro no país de que também seja nacional deve ser um *domicílio real*, e não um *domicílio fictício* para fugir *fraudulentamente* às sanções da lei portuguesa, pois deve pensar-se que o legislador

(1) Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, tomo II, pag. 43

(2) Cogordan, *La nationalité au point de vue international*, pag. 45.

(3) Basdevant, *Conflits de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1905*, na *Revue Darras — de Lapradelle*, 1909, pag. 41 e seg.

formulou o preceito que vimos analisando muito longe da ideia de que êle pudesse encobrir um processo de fraude a lei portuguesa.

b) Se o conflito se levantar perante os tribunais de um terceiro Estado, ainda podem dar-se as duas hipóteses de o individuo ter domicilio num dos Estados de que é nacional ou de estar domiciliado num terceiro Estado.

Se tiver domicilio num dos Estados de que é nacional, a solução não parece duvidosa. Deverá ser considerado nacional do Estado em que se encontra domiciliado. É o preceito expresso do artigo 9.º da lei preliminar do Código civil brasileiro, e é a única doutrina lógica em face do artigo 2.º do nosso decreto de 2 de dezembro de 1910. Em verdade, se, na concorrência entre a nacionalidade portuguesa e uma nacionalidade estrangeira, aquele decreto manda considerar o individuo como estrangeiro quando êle tenha o seu domicilio efectivo no país de que também é nacional, é inteiramente legítimo pensar que, na concorrência de duas nacionalidades estrangeiras, os tribunais devem optar pela nacionalidade que seja acompanhada do domicilio. E é também essa a doutrina mais racional, pois, se o individuo tem duas nacionalidades e é forçoso optar por uma, é justo que se opte por a daquele país em que êle está domiciliado, que é a sua *nacionalidade efectiva*, não passando a outra de uma *nacionalidade meramente potencial*. Dado o direito igual de cada Estado formular livremente as leis atributivas da nacionalidade, para o tribunal de um terceiro Estado não tem mais valor a lei do Estado *A* do que a lei do Estado *B*, se ambas atribuírem a um mesmo individuo a nacionalidade do respectivo Estado. Contudo, se o individuo for nacional do Estado *A* e do Estado *B*, mas tiver o seu domicilio no Estado *A*, ao lado de uma das nacionalidades, há claramente um elemento de maior correlação do mesmo individuo com essa nacionalidade do que com a nacionalidade concorrente, e por isso com razão a doutrina geral considera legítima a preferência da nacionalidade do Estado em que o individuo tenha o seu domicilio.

No caso de o *plurinacional* estar domiciliado em terceiro Estado, ainda pode acontecer que as duas nacionalidades tenham sido adquiridas *sucessivamente* ou que o tenham sido *simultaneamente*.

Na primeira hipótese, decide a lei japonesa de 15 de Junho de 1898 (art. 27.º) que se deve atender à *última* nacionalidade, talvez porque esta traduz a vontade do interessado, e sustenta Pillet (1) que se deve atender à *primeira*, como um direito adquirido que não foi regularmente substituído sob o ponto de vista internacional. Parece-nos, porém, que nem uma nem outra

(1) *Principes*, n.º 516.

solução é defensável perante o rigor dos princípios. Se o Estado é livre na organização das leis atributivas da nacionalidade, para o tribunal de terceiros Estados tão legítima é a lei atributiva da *primeira* como a lei atributiva da *última* nacionalidade, não sendo por isso possível, em rigor de direito, dizer que a primeira ou a última representa um direito mais legitimamente adquirido do que a outra.

Não existe, pois, razão jurídica para distinguir entre a hipótese de as duas nacionalidades terem sido adquiridas sucessivamente ou de o terem sido simultaneamente. A solução tem de ser a mesma. Mas qual deverá ser?

Weiss formula e resolve a questão do modo seguinte: «Mas, se a pessoa não estiver domiciliada em nenhum dos países que pretendem ter direitos sobre ela, se o filho nascido na Venezuela de pais italianos tiver o seu principal estabelecimento em França, que nacionalidade lhe deverão atribuir os nossos tribunais? Não poderá ser considerado francês. O domicilio não atribui nunca a nacionalidade; apenas pode servir para corroborar uma presunção resultante da origem, ou ainda suprir, nos conflitos de interesses privados, uma nacionalidade incerta. Colocado entre duas nacionalidades rivais, o juiz deverá pronunciar-se por aquela cuja determinação mais se aproximar das regras admitidas pela lei francesa» (1). E é no mesmo sentido a opinião de Anzilotti (2).

Despagnet seguia a doutrina de que, na hipótese em discussão, o tribunal deve aplicar à questão em litigio a lei do domicilio, e portanto não atender nem a uma nem a outra das duas nacionalidades que tem o interessado, mas atender ao seu domicilio (3).

Pillet, tendo seguido primeiro a doutrina de que o juiz devia abster-se de conhecer da questão, declarando a sua incompetência (4), inclinou-se depois para a doutrina de que deve deixar-se a solução ao prudente arbítrio dos tribunais, escrevendo: «Poderia hesitar-se entre a lei da origem e a do domicilio. Não insistamos, porém, sobre uma hipótese tão pouco verossímil e deixemos a questão ao prudente arbítrio dos magistrados» (5).

Perante esta divergência de opiniões, decidimo-nos pela doutrina de Weiss.

Em primeiro lugar, se se compreende que o domicilio *supra* a falta de nacionalidade, já se não compreende que, tendo o individuo já duas nacionalidades, se atenda ao domicilio, o que equivaleria a atribuir-lhe, de facto, uma terceira

(1) Ob. cit., pág. 327.

(2) *Corso di diritto internazionale*, pág. 168.

(3) Ob. cit., n.º 110.

(4) *L'ordre public en droit international privé*, 1890, pág. 90 e seg.

(5) *Principes*, n.º 148.

nacionalidade. Não aceitamos por isso a doutrina de Despagnet.

Em segundo lugar, o juiz tem de resolver a questão e deve resolvê-la segundo um critério de justiça, e por isso consideramos insustentável tanto a primeira doutrina de Pillet, que seria uma denegação de justiça ⁽¹⁾, como a segunda, que não dá um critério de decisão.

Em terceiro lugar, se é certo que, dada a independência dos Estados e a liberdade que eles têm de organizarem como bem entenderem as leis atributivas da nacionalidade, aos tribunais de terceiros Estados merecem igual respeito as leis de cada um dos Estados de que o individuo for nacional, é igualmente certo que o tribunal não pode aplicar ambas as leis, por serem contraditórias, e por isso tem de escolher, e que a sua escolha deve recair sobre a nacionalidade que melhor proteja o interessado. Mas a melhor protecção deve ser realizada segundo um critério de justiça, e este critério não deve ser o critério subjectivo do juiz, mas um critério objectivo e igual para todos os juizes do mesmo país. Ora esse critério objectivo só pode resultar da própria *lex fori*, e por isso o tribunal deverá considerar o *plurinacional* como tendo a nacionalidade cuja determinação mais se aproxime das regras de determinação da nacionalidade estabelecidas pela *lex fori*.

39—h) *Conflito negativo*. Este conflito deve ser resolvido igualmente de harmonia com os princípios gerais acima formulados.

Em primeiro lugar, devem ter-se em vista os princípios da *cidade* e da *exclusividade*, como princípios de orientação, e, por isso, só quando a *lex fori* ou as leis estrangeiras não possam interpretar-se de outro modo, é que deve reconhecer-se a existência da anomalia do *Heimatlosat*.

Em segundo lugar, tem que atender-se ao princípio de que o Estado é livre na organização das leis de atribuição e perda da nacionalidade e de que a única lei competente para determinar se um individuo continua ou deixou de ser nacional de um Estado é a lei desse Estado, não podendo evidentemente os tribunais portugueses considerar cidadão hespanhol ou brasileiro um individuo que o foi, mas que, praticando os actos que pela lei espanhola ou brasileira produzem a perda da nacionalidade, deixou de o ser. Com efeito, é um contrasenso jurídico considerar cidadão de um Estado um individuo que deixou de o ser, segundo a lei do mesmo Estado, se essa lei é a única competente para determinar quem tem ou deixa de ter a nacionalidade de tal Estado. Sendo assim, é injustificável o preceito do artigo 100.º do Código geral dos bens do Montenegro e do artigo 29.º da lei de introdução do Código civil alemão, que,

(1) Weiss, ob. cit., pág. 328, nota 1.

na hipótese de o *heimatlos* já ter tido uma nacionalidade, o mandam considerar como tendo ainda essa nacionalidade, para o efeito de determinar a sua lei pessoal, e é insustentável a opinião seguida por A. Pillet, que defende a doutrina daqueles Códigos quando o conflito se não levante perante os tribunais do Estado de que o individuo tenha sido nacional, ⁽¹⁾ pois nesse Estado o carácter de ordem pública das leis atributivas da nacionalidade a isso se opõe. A única doutrina juridicamente rigorosa é, pois, a de que, uma vez perdida a nacionalidade em face da lei competente para declarar a sua perda, o interessado já não pode ser considerado como tendo nacionalidade.

A falta de nacionalidade não é, porém, falta de protecção jurídica, pois que, nos Estados de civilização europeia, não ha homens sem personalidade jurídica. Esta é considerada pela ordem jurídica como imanente à qualidade de homem, e por isso é inteiramente consentânea aos princípios em que assenta a ordem jurídica naqueles Estados a doutrina de que o *heimatlos* deve gozar de todos os direitos cuja atribuição não depende da qualidade de cidadão dos mesmos Estados. E assim é que, em Portugal, Estado de civilização europeia, ao individuo sem nacionalidade devem ser reconhecidos todos os direitos para cujo gozo não é requerida a qualidade de cidadão português, isto é, em principio, todos os direitos públicos não políticos e todos os direitos privados. ⁽²⁾

Por que lei deverão, porém, ser regulados o estado e capacidade do *heimatlos* e bem assim as relações jurídicas que lhe respeitam e que entram no domínio da lei pessoal, como as relações de família e as sucessões, nos Estados onde, como em Portugal, a lei pessoal coincide com a lei nacional?

Além do sistema já referido, que é estabelecido pelo Código do Montenegro e pela lei alemã, que é defendido por A. Pillet, e que consiste em aplicar ao *heimatlos* a lei da sua *última nacionalidade*, na hipótese de êle haver já sido cidadão de algum país, dois sistemas têm sido seguidos pelas legislações e pela doutrina, para resolver o problema: a) o *sistema da lei do domicílio*, reconhecido pela lei hungara xx, sobre o casamento civil, de 1894, artigo 119.º, pela lei japonesa de 15 de junho de 1898, artigo 27.º, e pelo Código civil brasileiro, Introdução, artigo 9.º, adoptado pelo Instituto de Direito Internacional, na sessão de Oxford de 1880 ⁽³⁾, e geralmente admitido pela

(1) *Principes*, n.º 516.

(2) A protecção jurídica concedida aos *heimatlosen* não deriva de um dever internacional do Estado, mas dos conceitos morais em que assenta a sua ordem jurídica, pois que êles estão exclusivamente sujeitos à sua jurisdição desde que se encontram dentro do seu território (Oppenheim, *International law*, London, 1912, § 512; Edwin Borchard, *The diplomatic protection of citizens abroad*, New York, 1915, § 262).

(3) *Annuaire*, V, pág. 56.

doutrina (1); b) o sistema da *lex fori*, aceite pela lei congólesa a de 20 de fevereiro de 1891, artigo 8.º.

Posto de lado o sistema da última nacionalidade, pelas razões já apontadas, poderá seguir-se algum dos outros dois sistemas?

Parece-nos inteiramente racional e justo o sistema da lei do domicílio, por duas razões. Em primeiro lugar, nos Estados que hoje seguem o sistema da lei nacional como lei pessoal, a lei nacional veio substituir a lei do domicílio, que foi a lei pessoal em todo o período estatutário e que é ainda hoje a lei pessoal, designadamente, na Dinamarca, na Noruega, na Inglaterra, nos Estados-Unidos, na Argentina, no Paraguai e no Uruguai, isto é, naqueles Estados que ainda se não convenceram quer da superioridade jurídica quer do valor prático do sistema da lei nacional, o que certamente mostra que, na observação dos factos, é a lei do domicílio a que mais se aproxima da lei nacional. Em segundo lugar, os fundamentos que têm sido invocados para legitimar a superioridade da lei nacional sobre a lei do domicílio são decisivas da aceitação desta lei como lei pessoal, quando não haja lei nacional. Três são esses fundamentos: 2) a lei nacional dá maior estabilidade do que a lei do domicílio à situação jurídica do indivíduo, já que este muda mais facilmente de domicílio do que muda de nacionalidade; 3) a lei nacional, sendo feita em harmonia com as condições mesológicas do país a que o indivíduo pertence, é a que organiza melhor a situação jurídica do indivíduo, pois define essa situação em correlação com o meio geográfico e sociológico em que o indivíduo nasceu e se desenvolveu; 4) a lei pessoal é uma lei de protecção individual, e por isso deve ser a lei do Estado a que o indivíduo pertence, pois a esse Estado cabe o direito de o proteger nas relações internacionais. Na falta de nacionalidade, todas estas razões conduzem, com efeito, à aceitação da lei do domicílio em lei pessoal. Em verdade: depois da lei nacional, é a lei do domicílio a que dá maior estabilidade à situação jurídica do indivíduo, sendo o domicílio a sua sede mais estável depois da nacionalidade; a fixação do domicílio num determinado país representa a adaptação do indivíduo às condições mesológicas desse país e, por isso, na falta de lei nacional, é a lei do domicílio a que mais de harmonia se encontra com o modo de ser pessoal dos indivíduos; na ausência de nacionalidade, o vínculo mais estreito que pode ligar o indivíduo a um determinado Estado é o seu domicílio e, conseqüentemente, se o indivíduo sem nacionalidade deve ter uma lei pessoal como lei de protecção individual, essa função de protecção cabe naturalmente à lei do domicílio.

(1) Vide Zeballos, ob. cit., III, pág. 677 e seg.

Sendo assim, parece-nos incontestável a doutrina de que os tribunais portugueses devem considerar como lei pessoal de um *heimatlos* a lei do seu domicílio.

Mas se o *heimatlos* nem ao menos tem domicílio? A lógica das ideias que ficam expostas conduz naturalmente a aplicar a lei do lugar da *residência*, sempre que, nos termos da lei portuguesa, a residência possa substituir o domicílio. E, quando não haja domicílio nem residência, como o tribunal não pode deixar de julgar, aplicará a *lex fori* como lei pessoal, à falta de outra lei que melhor organize a protecção do indivíduo.

Quando se trate, porém, de aplicar a lei pessoal a um acto passado num lugar certo e determinado e num momento em que o interessado não tinha domicílio nem residência, parece justo que se aplique a *lex loci*. A *lex fori* só deverá ser aplicada como lei pessoal em geral, na falta de domicílio ou residência.

40 — Perante a anomalia da pluralidade de nacionalidades e da falta de nacionalidade, não procuramos até aqui senão formular as soluções que deverão ser adoptadas pelos tribunais e autoridades portuguesas em face do nosso direito positivo.

Diremos agora algumas palavras acerca dos meios de evitar os conflitos das leis atribuíveis da nacionalidade ou, pelo menos, de corrigir os efeitos desses conflitos.

O meio de evitar os conflitos só pode encontrar-se na *uniformidade das leis atribuíveis da nacionalidade*. E isso poderá conseguir-se concluindo os Estados um *tratado geral* que regule directamente em termos iguais a atribuição da nacionalidade, de modo que o *mesmo facto* produza em toda a parte a aquisição ou a perda da nacionalidade de certo Estado, e nunca se perdendo a nacionalidade de um Estado sem se adquirir a nacionalidade de outro Estado. Seria a organização, num tratado, dos princípios de Stoerk ou Zeballos, os quais traduzem as ideias justas sobre o assunto. Com efeito, se se assentar em que todos devem ter uma nacionalidade, que devem ter só uma nacionalidade, que deve ser permitida a mudança de nacionalidade e que não deve dar-se a perda de uma nacionalidade sem se ter adquirido outra, e depois se regular de modo igual o efeito do nascimento, da opção e do casamento sobre a nacionalidade, se estabelecerem condições uniformes para a naturalização e se acabar com a *aquisição e perda legal* da nacionalidade por factos posteriores ao nascimento, ter-se há conseguido evitar o mal inerente à dupla nacionalidade e à falta de nacionalidade.

O mesmo resultado poderá obter-se com um acôrdo dos Estados em que estes se obriguem a organizar *leis uniformes* sobre a nacionalidade, se bem que será mais seguro que o tratado por si regule o assunto.

Será, porém, possível para breve esta larga *entente* dos

Estados? Seria um dos altos serviços que os progressos do *Direito* ficariam devendo à *Sociedade das nações*, quando ela puder ocupar-se do regime da situação jurídica dos indivíduos nas relações internacionais.

Mas, se êsse acôrdo dos Estados não é de prever para breve, uma coisa será, porém, possível, e consiste em um acôrdo tendente a remediar os efeitos das mencionadas anomalias da dupla nacionalidade e da falta de nacionalidade. E, sem pretendermos indicar os critérios que hão de orientar êsse *acôrdo de correctivos*, diremos, em todo o caso, que as referidas anomalias poderiam corrigir-se acordando-se nas seguintes regras: a) Os *plurinacionais* domiciliados em algum dos Estados de que sejam nacionais devem ser considerados súbditos do país em que tenham domicílio, e os domiciliados em terceiro Estado ou que não tenham domicílio deverão ser considerados como tendo a nacionalidade *jure sanguinis*; b) Os *apó-lides* deverão ser considerados súbditos do país em que têm domicílio, ou residência, na falta de domicílio, e, na falta de domicílio e residência fixos, estarão sujeitos à *lex fori* nos termos acima indicados, e o Estado em que eles se encontrem poderá obrigá-los a naturalizarem-se ou a abandonarem o país, ou mesmo impor-lhes a naturalização contra a sua vontade (1).

§ II

Direitos dos estrangeiros em geral

SUMARIO. 41—Princípio do reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros. Sua fórmula, sua formação histórica e suas manifestações. 42—Carácter do princípio. Liberdade do Estado na determinação concreta dos direitos dos estrangeiros. 43—Organização do princípio: I—Situação dos estrangeiros relativamente aos direitos políticos, aos direitos públicos não políticos e aos direitos privados. 44—Organização do princípio: II—Limite máximo da equiparação entre nacionais e estrangeiros. 45—Significado jurídico do princípio. 46—Condição jurídica dos operários estrangeiros. Linhas gerais do direito internacional operário. 47—Condição jurídica dos estrangeiros nos países de capitulações.

41—Todos os Estados civilizados aceitam hoje o princípio do reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros, segundo o qual estes são considerados como sujeitos de direitos, sob a protecção das leis e dos tribunais.

Êste princípio, que domina o problema do direito internacional privado relativo aos direitos dos estrangeiros, deve considerar-se como um princípio de direito internacional positivo firmemente estabelecido por um costume normativo das relações dos Estados cultos (1).

(1) Importa notar desde já que, se o direito internacional obriga os Estados a considerar os estrangeiros como sujeitos de direitos quando eles se encontrem dentro da esfera da sua jurisdição, não existe um princípio de direito internacional positivo que, sem limitações, obrigue o Estado a receber ou a conservar os estrangeiros no seu território.

Se é certo que actualmente nenhum Estado exclui absolutamente a admissão dos estrangeiros no seu território, o que mesmo não poderia fazer, como nota Oppenheim (ob. cit., § 314), sem pôr em risco a sua qualidade de membro da família das nações, é igualmente certo que alguns Estados ou têm proibido a imigração dos súbditos de certos países no seu território, por a considerarem um elemento de perturbação social e económica, ou têm promulgado leis restrictivas da imigração, destinadas a fazer uma certa *selecção dos imigrantes*, afastando os estrangeiros não desejáveis, como os indigentes, os inválidos, os alienados, os idiotas, os criminosos etc., sem que isso tenha sido considerado contrário ao direito internacional. Assim, no primeiro sentido, podem citar-se as leis norte-americanas de 6 de maio de 1882 e de 27 de abril de 1904, que proibiram a imigração de chineses nos Estados Unidos, e a lei da república do Panamá de 11 de março de 1904, que proibiu a imigração dos chineses, dos turcos e dos sírios no território da república, e, no segundo sentido, podem citar-se — o *Alien act* inglês de 11 de agosto de 1905, que proibiu a admissão dos indigentes, inválidos, alienados, imbecis, condenados sujeitos a extradição, e expulsos, — a lei brasileira n.º 4247, de 6 de janeiro de 1921, que autorizou o poder executivo a impedir a entrada no território nacional a todos os que daí podem ser expulsos, isto é, os estrangeiros que, não residindo no Brasil há mais de cinco anos, tenham sido expulsos

(1) Oppenheim, Ob. cit., § 313.

Foi o mesmo princípio uma conquista progressiva e relativamente recente da civilização dos povos, tendo a situação jurídica do estrangeiro sido muito outra durante largos períodos da história humana.

Efectivamente, a observação histórica ensina que nas velhas sociedades, e a cidade romana primitiva pôde ser tomada como exemplo, assim como, dentro do Estado, nem todos os indivíduos tinham personalidade jurídica, assim também fora de ninguém tinha direito à protecção da sua pessoa e dos seus bens. Internamente, o aspecto da sociedade era uma hierarquia de classes, desde o *patricio*, que podia participar plenamente no governo e na administração do Estado, bem como constituir juridicamente a família e adquirir, fruir e transmitir legitimamente a propriedade, até ao *escravo*, que era um homem transformado numa coisa e privado de toda a participação na vida jurídica da cidade em que vivia como um instrumento de trabalho; nas relações exteriores, os Estados viviam numa situação, se não de permanente hostilidade recíproca, de isolamento jurídico mais ou menos pronunciado, podendo o estrangeiro ser legitimamente reduzido a escravo. A um regime de diferenças na organização interna, correspondia assim um regime de isolamento na existência externa do Estado.

Ambos os regimes se tornaram, porém, instáveis, sendo o primeiro abalado pela reacção natural das classes inferiores contra os privilégios da classe dominante, pela luta constante para a conquista da igualdade política e jurídica e pelo aparecimento e difusão do conceito da igualdade de todos os homens,

de outros países ou em outro país considerados elementos perniciosos à ordem pública, tenham provocado actos de violência, para imporem qualquer seita religiosa ou política, sejam considerados nocivos à ordem pública ou à segurança nacional, e se tenham evadido de país estrangeiro por haverem sido condenados por homicídio, furto, roubo, bancarrota, falsidade, contrabando, estelionato, moeda falsa ou lenocínio, e bem assim os mutilados, aleijados, cegos, loucos, mendigos, portadores de moléstias incuráveis ou maiores de 60 anos quando não tenham meios de subsistência nem pessoa que responda por esta, os portadores de moléstia contagiosa grave, e as prostitutas, — e a lei norte-americana de 20 de fevereiro de 1907, que levou ainda mais longe o número das restrições, estabelecendo uma rigorosa selecção dos imigrantes.

E, assim como pode restringir a entrada de estrangeiros, também o Estado pode torná-la dependente de um processo de identificação, como a apresentação de *passaporte*, ou de uma exigência semelhante. Antes da grande guerra, era em geral dispensada a apresentação de passaportes, apontando-se apenas como Estados que os exigiam a Rússia, para, se entrar na Finlândia, a Turquia e a Venezuela. A declaração da guerra irrouxe, porém, o restabelecimento dos passaportes, restabelecimento que é certamente provisório, mas que, neste momento, ainda persiste.

Igualmente o Estado pode, como é doutrina corrente, exigir aos estrangeiros uma autorização ou legitimação de residência, como meio de informação e de defesa.

E do mesmo modo lhe são reconhecidos o *direito de expulsão* e o *direito de extradição*.

e sendo o segundo dissolvido pelo próprio interesse dos Estados, que, por virtude dos progressos da civilização e do consequente alargamento das relações sociais, viram a necessidade de entre si estabelecerem relações pacíficas e de cada um proteger juridicamente no seu território os súbditos dos outros.

E assim se abriu na história das sociedades, uma dupla obra de assimilação: a assimilação interna dos súbditos do Estado, reconhecendo-se em todos, como princípio, a mesma capacidade de direito, e a assimilação externa, equiparando-se progressivamente em direitos os nacionais e os estrangeiros até o ponto de normalizar e dar eficaz garantia jurídica à situação dos indivíduos que se encontram fora do seu país e às relações estabelecidas entre os nacionais de diferentes países.

A resultante de todo este trabalho evolutivo foi, no que respeita às relações internacionais, o reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros, claramente afirmado em evidentes manifestações da existência de um costume internacional que lhe deu a consagração de uma regra de direito positivo.

Esse costume jurídico, que é por sem dúvida uma das bases da civilização contemporânea, revela-se iniludivelmente: a) na concessão de direitos aos estrangeiros nas leis internas

O direito de expulsar do próprio território os estrangeiros que, por qualquer motivo, se tornem prigosos para a segurança pública, é incontestavelmente reconhecido ao Estado pelo direito internacional, o qual não estabelece quaisquer condições de legitimidade da expulsão, e por isso deixa ao Estado a livre apreciação de cada caso concreto. Isto não quer dizer, porém, que, no uso do direito de expulsão, o Estado não deva proceder com prudência, exercendo-o apenas em casos justificados, para não faltar aos seus deveres de cortesia para com o Estado de que o expulso seja nacional e para se não sujeitar a medidas de *retorsão* por parte desse Estado para com os seus nacionais que se encontrem no território do mesmo Estado. E, sob este ponto de vista, é interessante notar que o Instituto de direito internacional, na sessão de Genebra de 1892, votou, a 9 de setembro, um projecto de regras internacionais sobre a expulsão de estrangeiros, entre as quais aparece uma relativa aos casos em que é legítima a expulsão, indicando dez casos (art. 28.º). Essa ou outra enumeração tem, todavia, mero valor doutrinário, não se lhe podendo atribuir qualquer valor jurídico.

Se, porém, o direito internacional não estabeleceu ainda uma regulamentação detalhada do direito de expulsão, pode essa regulamentação aparecer no direito interno de cada Estado, restringindo ou disciplinando o exercício do mesmo direito. Lembraremos, para exemplo, a citada lei brasileira n.º 4247 de 1921, a qual, limitando a expulsão aos estrangeiros que não residam há mais de cinco anos no território da república, indica os casos de expulsão, a competência para a decretar, e as garantias do expulsando. Quando houver uma lei desta natureza, é claro que por ela deve ser pautado no respectivo Estado o exercício do direito de expulsão.

Ao direito de expulsão do Estado de residência corresponde, no Estado de origem, a obrigação de receber os expulsos, pela clara razão de que essa obrigação não existe para os terceiros Estados, e os expulsos devem poder entrar em algum Estado.

O *direito de extradição*, que consiste na faculdade de entregar a um Estado estrangeiro um criminoso acusado ou condenado por um delito praticado no território desse Estado, também é, em geral, sem a mínima dúvida,

de todos os Estados de civilização europeia; b) na infinidade de tratados concluídos entre as potências, em que se definem ou supõem os direitos dos estrangeiros; c) no movimento tendente a reprimir o tráfico da escravatura; d) nos princípios adoptados acerca da libertação dos escravos; e) e no direito de proteger os nacionais que se encontram em país estrangeiro.

a) Od nas próprias constituições, ou nos códigos civis, ou em leis especiais, todos os Estados de civilização europeia consagram no seu direito positivo o princípio do reconhecimento de direitos aos estrangeiros, quer segundo o sistema da *igualdade*, como acontece entre nós (Const., art. 3.º; Cód. civil, art. 26.º) e como é regra, (1) quer segundo o sistema da *reciprocidade*, como sucede, por exemplo, na legislação francesa quanto a certos direitos privados (2). Este procedimento uniforme dos Estados é um claro sinal do reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros.

b) A par com as leis internas, aparece uma série infinita de tratados em que os Estados contratantes ou *definem* os direitos dos seus nacionais no território um do outro, ou apenas regulam o exercício desses direitos, *supondo* a sua existência.

um poder jurídico do Estado. Esse poder existe evidentemente, e assume a forma de dever jurídico, quando é estabelecido por um tratado de extradição.

Mas o Estado ainda terá o poder e o dever de extraditar um criminoso quando não haja tratado que regule a extradição?

Em tal caso, o dever de extraditar não existe. Nenhuma regra de direito internacional consuetudinário o estabelece.

Mas existirá o poder de extraditar? Não se trata já de uma questão de direito internacional, mas de uma questão de direito interno referente às garantias individuais, que pode ser livremente regulada pela lei de cada país. Mas, quando não exista uma lei de extradição que iniba de o fazer, poderá o Governo do Estado realizar a extradição, segundo a doutrina mais geralmente seguida, pela razão de que o criminoso não tem direito à impunidade e de que o Estado tem o dever moral de prestar assistência aos outros Estados para a punição do crime.

Ao realizar a extradição sem tratado, deverá, porém, o Governo guiar-se, na falta de lei interna sobre o assunto, pelos princípios que informam o direito convencional do Estado sobre extradição, como são, em geral, a exigência de que o facto seja criminoso segundo a lei local e segundo a lei do Estado requerente, de que o crime revista certa gravidade, de que não seja um crime político e de que o criminoso não seja um nacional.

(Vide: Oppenheim, *International law*, pag. 390 e seg.; Nys, *Le droit international*, 2.ª ed., II, pag. 275 e seg.; Edwin Borchard, *The diplomatic protection of citizens abroad*, pag. 44 e seg.; Rivier, *Le droit des gens*, I, pag. 268 e seg.; Mesnaud de Saint Paul, *L'immigration étrangère en France*, 1902, pag. 89 e seg.; Pillet, *Principes*, pag. 187; Von List, *Tratado de derecho penal*, trad. de Jimenes Astúa, Madrid, 1910, pag. 120; Lanza, *Estradizione*, 1910, pag. 97 e seg.; Rodrigo Octávio, *Direito do estrangeiro no Brasil*, pag. 141 e seg.; Dr. Marnoco e Sousa, *Sciência económica*, Lições de 1903-1904, pag. 515 e seg.; Dr. Caciro da Mata, *Direito criminal português*, II, pag. 97 e seg.; *Annuaire de droit international*, vol. XI, pag. 136 e seg., e pag. 184 e seg., vol. XIII, pag. 333, e vol. XVI, pag. 242 e seg.).

(1) Vide Weis, *Traité*, tom. II, pag. 546; Pillet, *Principes*, pag. 165 e seg.

(2) Cód. civ. fr., art. 11.º e 13.º. Conf. Weiss, ob. cit., pag. 211 e seg.

É interessante e significativa a transformação que a este respeito se nota na evolução dos tratados. Enquanto nos tratados mais antigos e nos celebrados com Estados de civilização menos adiantada, isto é, num tempo ou com países em que a situação dos estrangeiros era ou é precária, a regra é a *declaração* dos direitos dos estrangeiros, nos tratados mais recentes ou celebrados pelos Estados de civilização europeia entre si, a regra é a simples *regulamentação* de direitos que já se supõem reconhecidos. Este traço da evolução dos tratados é, por seu lado, também um sinal de que o reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros se tornou um princípio corrente da civilização jurídica do Estado moderno (1).

c) Na antiguidade, era a escravatura uma instituição geral protegida pelas leis de todas as nações, prova de que ela se harmonizava com o sentir geral dos povos, embora um ou outro espírito de eleição a julgasse absurda e as religiões ou doutrinas progressivas a condenassem como desumana. Contudo, as ideias e as condições sociais foram mudando, o escravo transforma-se em servo da gleba, este volta-se em trabalhador livre e firma-se progressivamente o princípio de que nenhum homem pode ser a propriedade de outro homem.

Os Estados europeus entram, porém, no período das descobertas, adquirem domínios coloniais. a escravatura revive com o recrutamento dos negros para a exploração das colónias e pratica-se largamente o tráfico de escravos, mantendo-se esse estado de coisas até que, diante dos protestos da opinião geral e de incessantes reclamações em nome dos direitos da humanidade, os Estados civilizados proibiram o tráfico de escravos, suprimiram a escravatura nos seus domínios, e foi proclamada a necessidade de um acórdão internacional para se reprimir eficazmente aquele odioso comércio (2).

O movimento geral para a repressão do tráfico de escravos pronunciara-se no fim do século XVIII e começou a traduzir-se em actos diplomáticos e em leis internas a partir dos princípios do século XIX.

(1) É digno de nota que nos *tratados de paz* concluídos entre as potências aliadas e associadas e a Alemanha, Áustria, Bulgária e Hungria, aparece uma disposição comum, que tem esta fórmula no tratado com a Alemanha: «Os súbditos das potências aliadas e associadas gozarão no território alemão de uma protecção constante da sua pessoa, dos seus bens, direitos e interesses e terão livre acesso aos tribunais» (Tratado com a Alemanha, art. 272.º, com a Áustria, art. 229.º, com a Bulgária, art. 157.º, e com a Hungria, art. 212.º). Este preceito tende evidentemente a assegurar a garantia plena da personalidade jurídica dos estrangeiros súbditos das potências aliadas ou associadas e foi ditado pelo receio de que contra elles fosse praticada qualquer *perseguição jurídica*. Deve ver-se no mesmo preceito mais uma afirmação do princípio do reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros.

(2) Vide Poincard, *Études de droit international conventionnel*, Paris, 1894, pag. 38 e seg.

Já no artigo 10.º do tratado de aliança entre Portugal e a Inglaterra, concluído no Rio de Janeiro a 19 de fevereiro de 1810, o regente de Portugal se obrigou a cooperar com o rei de Inglaterra na causa de humanidade e de justiça da abolição do comércio de escravos (1), sendo a cooperação dos dois Estados devidamente regulada no tratado anglo-luso concluído em Viena a 22 de Janeiro de 1815 (2).

No dia 8 de fevereiro do mesmo ano, a cruzada contra o tráfico de escravos é consagrada pelo Congresso de Viena, o qual, numa declaração dessa data, assinada pela Austria, França, Inglaterra, Portugal, Prússia, Rússia, Suécia e Espanha (3), reconheceu solenemente a urgência de pôr termo ao tráfico dos negros, declaração confirmada no tratado de 20 de novembro ainda do mesmo ano de 1815, repetida no congresso de Verona de 1822 (4), e seguida de uma série de tratados bilaterais tendentes à repressão do tráfico de escravos (5).

O movimento continuou progressivamente, até que no art.º 9.º do acto geral da conferência de Berlim, assinado a 26 de fevereiro de 1885, as potências signatárias que exercessem ou viessem a exercer direitos de soberania ou influência nos territórios da bacia convencional do Congo (Zaire) declararam que esses territórios não poderiam servir nem de mercado nem de via de trânsito para o tráfico de escravos de qualquer raça, comprometendo-se a empregar todos os meios para pôr termo a esse tráfico e para punir aqueles que o exercessem, e, por esforços da conferência de Bruxelas de 1889-1890, se organizou a *União internacional para a repressão do tráfico de escravos*, obrigando-se as potências signatárias do acto final da conferência, assinado a 2 de julho de 1890, a pôr em prática um certo número de medidas destinadas a reprimir o tráfico nos países de origem dos escravos, no seu transporte por terra ou mar, e nos lugares de destino (6). E ao mesmo movimento ainda obedeceu o preceito do art.º 415.º do tratado de Sèvres de 10 de agosto de 1920, em que as potências aliadas impuseram à Turquia a obrigação de reconhecer as convenções já concluídas ou que venham a ser concluídas sobre as matérias tratadas

(1) Borges de Castro, *Colecção de tratados*, IV, pág. 596.

(2) *Colecção cit.*, V, pag. 18.

(3) *Colecção cit.*, V, pag. 195.

(4) De Martens, *Recueil général de traités*, tom. 10, pag. 690, e 15, pag. 139; *Treaties relative to Africa*, publicação oficial do ministério das colónias italiano, I, pag. 306.

(5) Vide *Treaties cit.*, pag. 285 e seg. Quanto aos tratados concluídos por Portugal, são dignos de menção, além do tratado de 1815 citado no texto, os tratados anglo-lusos de 5 de julho de 1842 e de 18 de julho de 1877, em que as partes contratantes se obrigaram a reprimir e a castigar o tráfico de escravos (Borges de Castro, *Colecção cit.*, VI, pag. 374; *Nova colecção de tratados*, III, pag. 189).

(6) Vide: Cartas regias de 5 de setembro de 1885 e de 24 de março de 1892; *Nova colecção de tratados*, VII, pag. 43, e VIII, pag. 117.

nos actos gerais de Berlim de 1885 e de Bruxelas de 1890 e portanto sobre o tráfico de escravos.

Mas a opinião do mundo civilizado a respeito da escravidão revela-se ainda expressivamente nas seguintes regras do direito internacional positivo acerca do tráfico e da libertação dos escravos pertencentes aos Estados que ainda reconhecem o trabalho servil: 1) a recusa da extradição de um criminoso, escravo segundo a lei do país que o reclama; 2) o considerarem os Estados anti-escravistas como livre o escravo que entra no seu território metropolitano ou colonial (1); 3) o não reconhecimento nem da validade nem do carácter obrigatório dos tratados que, directa ou indirectamente, tendam a consagrar ou a facilitar o comércio de escravos.

Esta acção internacional, desenvolvida em comum pelos Estados mais adiantados em civilização para a abolição geral da escravatura ou para a repressão do tráfico de escravos entre os Estados menos cultos que ainda reconhecem o trabalho servil, prova, certamente, que o respeito pela personalidade humana é um dos princípios dirigentes das nações de civilização europeia nas suas relações exteriores.

d) Segundo é doutrina corrente em direito internacional público, a emigração do país a que o individuo pertence não lhe faz perder a nacionalidade antiga, nem a imigração num outro país lhe faz adquirir, só de per si, uma nacionalidade nova, reconhecendo-se por isso aos Estados o *direito de proteger* os seus nacionais residentes em país estrangeiro, quer mediante a celebração de tratados que regulem o exercício dos seus direitos, quer mediante a nomeação de agentes diplomáticos e de cônsules, em cujas funções entra sempre a protecção dos súbditos dos Estados que representam, quer mediante um pedido de *reparação* da lesão dos seus direitos, quando estes são violados e, pelas suas autoridades e tribunais, o Estado local pratique para com eles uma *denegação de justiça*. Tudo isto seria incompreensível sem a existência do princípio do reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros (2).

42— Qual, porém, o valor do princípio assim irrecusavelmente revelado no direito interno e na prática internacional dos Estados civilizados? Será um princípio concreto e determinado, no sentido de definir com precisão quais são os direitos que devem ser atribuídos aos estrangeiros que se encontrem em certo Estado? Ou será antes um princípio geral e indeterminado, que, obrigando os Estados a considerar os estrangeiros como sujeitos de direitos, lhes deixa contudo a liberdade de

(1) Despagnet, *Cours de droit international public*, n.º 370.

(2) Vide: Oppenheim, *International law*, §§ 296.º e 319.º; Edwin Borchard, *The diplomatic protection of citizens abroad*, 1915, pag. 349 e seg.

fixarem, como bem entenderem, a medida concreta dos direitos a atribuir aos estrangeiros? É neste segundo sentido que deve ser entendido o princípio do reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros. O costume internacional obriga os Estados a considerá-los como pessoas, isto é, como revestidos de capacidade jurídica, mas não os obriga directamente a reconhecer-lhes certos e determinados direitos. O mais que pode dizer-se é que o Estado deve reconhecer aos estrangeiros um *mínimo de direitos* suficiente para que eles conservem a sua qualidade de pessoas fora do Estado a que pertencem e possam exercer livremente a sua actividade como homens civilizados, dependendo sempre da sua livre iniciativa a determinação precisa dos direitos que constituem esse mínimo (1).

Desta liberdade do Estado na determinação concreta dos direitos dos estrangeiros, não só resulta que não é obrigatória a sua equiparação aos nacionais, mas resulta também a grande divergência legislativa na fixação daqueles direitos.

A equiparação jurídica entre nacionais e estrangeiros não é obrigatória em face do costume internacional em que assenta o reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros, mas pode tornar-se obrigatória por força de tratados em que os Estados estabeleçam essa equiparação.

Além disso, como em breve veremos, a tendência geral das legislações é no sentido da equiparação em matéria de direitos públicos não políticos e de direitos privados (2).

43 — Dada, por um lado, a obrigação que o Estado tem de considerar os estrangeiros como sujeitos de direitos e dada, por outro lado, a liberdade que lhe é reconhecida de determinar de modo preciso os direitos em que se concretiza o reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros, importa verificar como é que, em face das leis internas e dos tratados, se tem constituído o mínimo de direitos que devem ser reconhecidos aos estrangeiros.

Este estudo tem de partir naturalmente do *quadro dos direitos do cidadão*, para o efeito de determinar quais desses direitos, e em que medida, são os reconhecidos aos estrangeiros.

O quadro dos direitos do cidadão de um Estado é constituído por *direitos públicos* e por *direitos privados*, segundo é de direito público ou de direito privado a regra de direito objectivo que reconhece os mesmos direitos. O direito subjectivo é sempre um poder jurídico reconhecido pela lei, e por isso, perante a classificação das regras de direito em regras

de direito público e em regras de direito privado, os direitos subjectivos não podem deixar de ser direitos públicos ou direitos privados. Vejamos, pois, em que termos uns e outros são concedidos aos estrangeiros.

1— *Direitos públicos*: No desenvolvimento progressivo da *função de equilíbrio* que a ordem jurídica veio estabelecer nas relações entre o indivíduo e o Estado, foram reconhecidas ao indivíduo três ordens de poderes jurídicos contra o Estado, tendentes quer à *defesa da liberdade individual*, pela limitação da ingerência do poder público no exercício da sua actividade, quer à *possibilidade de exigir do Estado uma prestação* de um serviço ou de uma coisa, quer à *capacidade de exercer uma função* de governo ou de administração do mesmo Estado. No seu conjunto, esses poderes ou *direitos públicos subjectivos* contornam, se não constituem, a personalidade jurídica do indivíduo.

O último grupo de direitos é formado pelos *direitos políticos*, a respeito dos quais é unânime a opinião de que eles não entram no mínimo de direitos que devem ser reconhecidos aos estrangeiros, como consequência do princípio de direito internacional positivo segundo o qual estes devem ser considerados como sujeitos de direitos e obrigações.

E os direitos políticos são, com efeito, quasi universalmente recusados aos estrangeiros, já pela consideração de que as funções públicas de um Estado devem naturalmente ser desempenhadas por cidadãos desse Estado, já por uma razão de defesa, pois bem poderia o estrangeiro a quem se confiasse o exercício de uma função pública de responsabilidade política trair os interesses do Estado que lha confiara, já pela necessidade de dar aos cidadãos uma compensação dos sacrifícios que só deles se exigem, como é o serviço militar, já porque se não torna necessário atribuir aos estrangeiros direitos políticos para que eles sejam considerados sujeitos de direitos (1), já mesmo porque conceder direitos políticos aos estrangeiros teria como consequência impossibilitá-los de cumprir os seus deveres para com os Estados de que são cidadãos.

Estados há, porém, que concedem alguns direitos políticos aos estrangeiros, como acontece na Argentina, onde podem ser eleitos para as assembleias municipais (2), e no Mónaco, onde podem exercer funções eclesiásticas oficiais, funções administrativas ou judiciais, e ser notários ou oficiais de justiça (3). Trata-se, contudo, de excepções raras, cuja legitimidade já tem sido discutida, como a seu tempo diremos.

Entre nós, como veremos em breve, os direitos políticos

(1) Vide Anzilotti, *Responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, pág. 126 e seg., e *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, pág. 153 e 154, nota 1.

(2) Pillet, ob. cit., pág. 195, nota 2; Anzilotti, *Corso di lezioni*, pag. 72.

(1) Pillet, *Principes*, n.º 81.

(2) Weiss, ob. cit., pág. 685.

(3) Weiss, ob. cit., pág. 616.

são recusados aos estrangeiros quasi absolutamente. Expressamente privados do direito de voto, do direito de serem eleitos para os corpos legislativos ou administrativos, e directamente excluídos do exercicio de certos cargos, como a presidência da República (Const., art. 59.º), e a magistratura do ministério público (Dec. de 21-X-1901, art. 21.º, n.º 1.º), são indirectamente excluídos do exercicio de quaisquer funções públicas pelo art. 3.º do decreto de 2 de dezembro de 1910, que incapacita os estrangeiros naturalizados portugueses de exercerem quaisquer cargos públicos antes que decorram cinco anos depois da naturalização, o que claramente indica que os estrangeiros não naturalizados nunca os podem exercer.

Restringe-se assim a questão aos direitos públicos não políticos—o direito de liberdade nas diversas manifestações, e o direito de exigir do Estado uma determinada prestação, como a prestação da *tutela jurídica* na administração da justiça, ou a prestação de *socorros* na assistência pública.

a) *Direito de liberdade.* O direito de liberdade, nas suas multiples manifestações de liberdade individual, liberdade de pensamento, liberdade de consciência e cultos, liberdade de trabalho, comércio & indústria, liberdade de associação e liberdade ou inviolabilidade de domicilio, não pode evidentemente deixar de ser considerado como entrando no minimo de direitos a reconhecer aos estrangeiros. As diferentes manifestações do direito de liberdade constituem os *direitos fundamentais* do individuo e representam as *condições elementares* da personalidade, sendo por isso evidente que as abrange a regra de direito internacional positivo que impõe aos Estados o reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros.

É certamente licito ao Estado local regulamentar o exercicio do direito de liberdade, assim como lhe é licito restringir, num ponto ou noutro, cada uma das suas manifestações, pois que o principio do reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros não obriga à equiparação entre estes e os nacionais, mas não poderá recusar-lho, como condição elementar da personalidade, pois tal recusa equivaleria a desconhecer a própria personalidade.

Mas, embora o direito internacional não imponha ao Estado local a obrigação de equiparar os estrangeiros aos nacionais no reconhecimento do direito de liberdade, deverá supor-se que essa equiparação existe, logo que as leis não estabeleçam diferenças entre nacionais e estrangeiros.

Em verdade, se, por um lado, o Estado é obrigado a reconhecer aos estrangeiros o direito de liberdade e, por outro lado, êle não estabelece limitações do gozo dêsse direito pelos estrangeiros, a única conclusão lógica é que o direito local reconhece a equiparação entre nacionais e estrangeiros.

b) *Direito a uma prestação positiva por parte do Estado.* A afirmação progressiva da personalidade jurídica do individuo

em face do Estado levou a ordem jurídica não só a reconhecer ao individuo, na linguagem de Jellineck (*), um *estado jurídico negativo*, substituído pelo respeito da liberdade individual pelo Estado e que o mesmo escritor chama *status libertatis*, mas conduziu igualmente ao reconhecimento de um *estado jurídico positivo*, pela concessão ao individuo do poder de exigir do Estado a prestação de um serviço ou de uma coisa, tendente a tornar efectivo um interesse individual.

Dêste estado positivo, que Jellineck chama *status civitatis*, deriva em primeiro lugar o direito à tutela jurídica, isto é, o direito de recorrer aos tribunais para a defesa dos poderes jurídicos que o direito objectivo reconhece ao individuo, quando êsses poderes sejam desconhecidos quer pelos outros individuos, quer pelos órgãos do poder público. A acção judiciária, como forma de realizar a tutela jurídica, é evidentemente um direito público subjectivo, cujo conteúdo não é uma simples *abstenção* do poder público como meio de assegurar o exercicio da liberdade individual, mas uma verdadeira *acção* do Estado destinada a dar effcácia prática aos poderes reconhecidos ao individuo pela ordem jurídica.

A par com o direito de acção, a ordem jurídica nos Estados modernos reconhece aos individuos o poder de exigir do Estado a satisfação de um interesse mediante um acto administrativo, como o poder de frequentar as escolas e de fazer exames, a poder de exigir a prática de actos notariaes ou de actos do registo civil, de obter concessões uma vez que sejam satisfeitas as prescrições legais, e o direito à assistência pública. Êste poder de exigir do Estado o exercicio da actividade administrativa no interesse dos individuos é acompanhado da faculdade de recorrer aos tribunais judiciaes ou administrativos ou de reclamar perante a própria autoridade administrativa por motivo da recusa do serviço requerido, consoante a legislação especial de cada Estado, o que lhe imprime certamente o valor de um verdadeiro direito público subjectivo.

À mesma categoria de poderes jurídicos ainda pertence o *direito de petição* aos poderes públicos, quer sob a forma de *queixa* pela violação de uma lei existente, quer sob a forma de uma *petição* propriamente dita para o efeito de formular uma lei nova. Também aqui se tem em vista um *acto positivo* do Estado, quer para reparar uma lesão da ordem jurídica, quer para aperfeiçoar o direito existente, e por isso se trata evidentemente de um direito público subjectivo da segunda categoria.

Verificada a existência desta nova categoria de direitos públicos subjectivos, os quaes, sem attribuirem ao individuo uma participação directa ou indirecta no governo ou na administra-

(1) *Sistema dei diritti publici subblettivi*, tradução do autor, Milano, 1912, pág. 105 e seg.

ção do Estado, o autorizam a exigir do Estado a tutela jurídica mediante a acção dos tribunais de justiça, ou a prática de um acto administrativo no seu interesse, vejamos se o Estado é ou não obrigado a reconhecê-los aos estrangeiros.

O direito à tutela jurídica entra sem a mínima dúvida na constituição do mínimo de direitos que para os estrangeiros derivam do reconhecimento da sua personalidade, pois que a tutela judiciária é, segundo as palavras de Jellineck, o atributo essencial da personalidade (1). Sem o direito de recorrer aos tribunais, para o efeito de fazer valer os poderes que aos indivíduos reconhece a ordem jurídica, esses poderes tornar-se-iam inúteis e a personalidade, que é a resultante dos mesmos poderes, deixava de existir juridicamente.

O direito de frequentar as escolas também dificilmente poderá ser recusado aos estrangeiros. Desde que estes são admitidos no Estado local e desde que lhes deve ser reconhecida a liberdade de trabalho, comércio e indústria, sem a qual a personalidade é incompreensível, pois não existe o respeito da pessoa humana quando esta não pode adquirir meios de subsistência, o direito à instrução é uma necessidade, já que o Estado local não poderá degradar os estrangeiros à ignorância ou evitar que eles adquiram a instrução necessária para conseguirem trabalho no estádio actual da civilização (2).

O mesmo deve dizer-se do poder de exigir, em geral, a prática de um acto administrativo que represente uma necessidade da concretização das faculdades que são condições elementares da personalidade, como acontece com a prática de actos notariais, que são tantas vezes indispensáveis para a realização de actos absolutamente imprescindíveis ao regular exercício da actividade individual, e com a prática de actos do registo civil, que são necessários à fixação do estado das pessoas.

Estarão, porém, nas mesmas condições o direito de obter concessões, o direito à *assistência pública* e o direito de *petição*?

O direito de obter concessões não representa uma necessidade da vida jurídica do estrangeiro, o qual não pode aspirar a *privilégios industriais*, como, mais ou menos, são todas as concessões. Ao respeito da sua personalidade basta o trabalho livre, podendo o Estado reservar para os seus nacionais aqueles privilégios. Contudo, em regra, as legislações reconhecem aos estrangeiros o direito de obter concessões, embora reservem para os nacionais uma ou outra que mais se relacione com o interesse público. É o que se verifica no direito português, como em breve veremos.

Quanto ao direito de assistência, parece-nos que a verda-

deira doutrina é formulada por Weiss nestes termos: «Se a solidariedade que une todos os homens exige que lhe prestemos (ao estrangeiro) um apoio momentâneo, impedindo que ele morra de fome, e facilitando a sua reparação, o interesse dos pobres franceses exige que os recursos de que dispõe o orçamento da beneficência lhes não sejam dispensados com exagerada parcimónia e não sejam desviados do seu destino natural. Pôr a cargo do nosso país as misérias de todos os estrangeiros a quem apraza fixar-se no seu solo hospitaleiro, seria fazer da França o asilo (*rendez-vous*) dos mendigos e vagabundos do mundo inteiro; cabe ao legislador conciliar estes interesses opostos, afastando do território francês uma clientela pouco invejável, sem por isso sacrificar os direitos da humanidade». (3) Em verdade, se não pode contestar-se que o respeito que se deve à personalidade jurídica dos estrangeiros exige que lhes sejam prestados socorros numa *crise momentânea* de doença ou de miséria, também se não poderá sustentar que o Estado seja obrigado a socorrer os estrangeiros na sua miséria ou na sua doença *crónica*.

E que é esta a verdadeira doutrina, resulta de três factos de fácil verificação; a) as restrições opostas à entrada de indigentes estrangeiros no território nacional, o que têm feito, como dissemos, entre outros Estados, a Inglaterra, os Estados Unidos e o Brasil, (4) não tendo sido esta prática considerada por ninguém como contrária ao direito internacional; b) a função atribuída aos cônsules de socorrerem e promoverem a repatriação dos nacionais indigentes, como se vê, por exemplo, dos artigos 98.º a 102.º do nosso regulamento consular de 7 de março de 1920, o que mostra que os Estados não consideram os outros Estados obrigados a prestar assistência aos seus nacionais; c) a celebração de tratados tendentes a assegurar a assistência gratuita aos nacionais indigentes que se encontrem no território dos Estados contratantes, como é a declaração entre Portugal e a Suíça, de 16 de maio de 1898, respeitante à assistência recíproca e gratuita aos enfermos indigentes, (5) o que, por seu lado, também indica que os Estados não consideram o direito à assistência inerente ao princípio do reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros. (6)

(1) *Traité théorique et pratique*, tom. II, pag. 148.

(2) *Supra*, pag. 127, nota 1.

(3) *Vide Nova coleção de tratados*, tom. XI, pag. 15.

(4) *Vide Barthélémy, Rev. cit.*, 1907, pag. 661. O problema da assistência aos estrangeiros, depois de ter sido versado em vários congressos de iniciativa particular, como o congresso de Copenhague de 1910, foi objecto de uma conferência diplomática reinida em Paris, de 16 de novembro a 3 de dezembro de 1912, onde prevaleceu a ideia de que as despesas de assistência ao fim de um pequeno prazo (45 dias) devem correr por conta do Estado de origem do socorrido (*Revue Darras — de Lapradelle*, 1913, pag. 617).

Numa ideia semelhante se inspirou o artigo 13.º do tratado de trabalho

(1) *Ob. cit.*, pag. 137.

(2) *Vide Barthélémy, na Revue générale de droit international public*, 1907, pag. 661.

Quanto ao direito de petição, a solução juridicamente rigorosa parece-nos ser a de que ao estrangeiro deve ser reconhecido o direito de petição na sua forma de *reclamação* contra a violação dos direitos que a lei local lhes concede, quer espontaneamente, quer em cumprimento de um dever imposto ao Estado pelo direito internacional. O direito de petição na sua forma de *preferença* de uma lei nova que melhor garanta os seus interesses, não pertence certamente aos estrangeiros, pois isso respeita ao exercício do poder legislativo, entra portanto na esfera de acção dos direitos políticos, isto é, uma ordem de direitos de que os estrangeiros estão privados e a respeito dos quais não podem evidentemente exercer o direito de petição.

Um caso há, porém, em que poderia dizer-se que ao estrangeiro seria lícito pedir a publicação de novas leis em substituição ou complemento das existentes. É o caso de o Estado ser obrigado pelo direito internacional a reconhecer aos estrangeiros determinados direitos e de as leis internas lhes recusarem, isto é, no caso de as leis existentes serem contrárias a uma regra de direito internacional que obrigue o Estado a reconhecer certos direitos aos estrangeiros. Todavia, nem neste caso julgamos legítimo o exercício pelos estrangeiros do direito de petição, para o efeito de ser publicada uma lei nova em conformidade do direito internacional. O direito internacional é a ordem jurídica dos Estados, estabelecendo direitos e obrigações para estes e não para os indivíduos, e por isso é ao Estado, e não aos seus nacionais, que cabe o direito de reclamar a publicação das leis internas que sejam exigidas pelo direito internacional.

Como o direito de liberdade, o direito de exigir do Estado uma prestação representa uma garantia ou uma afirmação da personalidade, deve por isso ser reconhecido aos estrangeiros e, quando as leis locais não estabeleçam restrições, deve entender-se que esse direito é reconhecido aos estrangeiros nos mesmos termos em que o é aos nacionais. Desta doutrina deriva a importante conclusão de que, salvas disposições expressas, o direito de acção é concedido aos estrangeiros nos mesmos termos em que é concedido aos nacionais.

II—*Direitos privados*. O reconhecimento ao estrangeiro do direito de liberdade nas suas diversas manifestações e do direito de exigir do Estado a tutela jurídica e a prática de actos administrativos necessários à sua conservação e ao exercício da sua actividade representa o respeito da personalidade como *poder virtual*, que o torna susceptível de direitos e obrigações, mas esse poder seria estéril, se não pudesse concretizar-se na

constituição de relações jurídicas de direito privado, que lhe assegurem a aquisição e gozo dos meios de subsistência, como base material da vida jurídica, e a constituição da família, como meio natural da manifestação e desenvolvimento da vida individual, isto é, o reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros supõe nestes o reconhecimento e gozo dos direitos privados, o que equivale a reconhecer-lhes o poder de constituir e exercer *direitos de crédito*, o poder de adquirir e exercer *direitos reais*, o poder de estabelecer e exercer *direitos de família*, e o poder de exercer *direitos de sucessão*.

E esta necessidade de admitir o estrangeiro ao gozo e exercício de direitos privados é tão universalmente sentida, que não há Estado civilizado algum que, com ou sem restrições, não reconheça no estrangeiro a individualidade jurídica de direito privado.

Embora obrigados a reconhecer aos estrangeiros direitos privados, não são os Estados obrigados a conceder-lhos em *medida determinada*, nem a estabelecer a equiparação entre eles e os nacionais, e daí a diversidade de sistemas legislativos sobre o assunto.

Dois sistemas fundamentalmente informam as legislações: a) o sistema da *reciprocidade* e b) o sistema da *igualdade*.

a) O sistema da reciprocidade consiste em conceder aos estrangeiros os mesmos direitos que no seu país sejam concedidos aos nacionais do Estado em que os estrangeiros se encontrem. Este sistema ainda oferece duas variantes: a *reciprocidade diplomática*, quando a concessão de direitos aos estrangeiros depende de os Estados a que eles pertencem os concederem aos nacionais do Estado em que eles se encontrem *por meio de tratados*, e a *reciprocidade legislativa*, quando a concessão de direitos aos estrangeiros depende apenas de a lei do seu país os conceder aos nacionais.

O sistema da reciprocidade diplomática é estabelecido pelo artigo 11.º do Código civil francês, nestes termos: «O estrangeiro gozará em França dos mesmos direitos civis que forem concedidos aos franceses pelos tratados da nação a que o estrangeiro pertencer». Este artigo é, porém, completado pelo artigo 15.º, assim concebido: «O estrangeiro autorizado por decreto a estabelecer domicílio em França gozará de todos os direitos civis». O sistema francês é, pois, o seguinte: o estrangeiro autorizado a estabelecer domicílio em França é equiparado ao cidadão francês quanto ao gozo dos direitos civis; o não autorizado a estabelecer domicílio apenas goza dos direitos civis que, pelo seu Estado, forem concedidos aos franceses por meio de tratados.

Importa notar que a fórmula *direitos civis* do artigo 11.º do Código francês nunca foi entendida como equivalente à fórmula *direitos privados*, mas como indicando os direitos que, segundo as ideias do tempo, não pertenciam ao homem pelo

franco-italiano de 19 de setembro de 1919 (*Rivista di diritto internazionale* vol. XIII, pag. 411).

A conferência de Paris e o tratado franco-italiano conformaram-se evidentemente com a doutrina seguida no texto.

simples facto de ser homem, isto é, os *direitos naturais*, mas os direitos cuja concessão dependia puramente do legislador, reconhecendo-se aos estrangeiros, mesmo não autorizados a estabelecer domicílio, todos os direitos privados que representavam direitos naturais. Partindo desta concepção, que foi a concepção do legislador, procuraram a doutrina e a jurisprudência fixar quais fossem os direitos civis, para assim ficar definida a condição dos estrangeiros não autorizados a estabelecer domicílio em França. A doutrina tem-se orientado por algum destes três sistemas: *α)* o estrangeiro não autorizado a estabelecer domicílio, nem favorecido por tratados, nos termos dos artigos 11.º e 13.º, não pode invocar em França senão os direitos que lhe forem expressamente concedidos; *β)* o estrangeiro que se encontrar em tais condições goza dos *direitos naturais*, mas não goza dos *direitos civis*, cumprindo aos tribunais determinar quais sejam os direitos civis; *γ)* o estrangeiro goza de todos os direitos privados de que não for expressamente excluído pela lei. O sistema mais geralmente seguido é o segundo, o qual é também o sistema constante da jurisprudência. São contudo bem poucos os direitos que a jurisprudência recusa aos estrangeiros. Limitam-se ao usufruto legal dos pais sobre os bens dos filhos menores, ao direito de exercer a tutela, ao direito de adopção, e à hipoteca legal da mulher casada, dos menores e dos interditos (*). Praticamente portanto o sistema da reciprocidade diplomática aproxima-se em França do sistema da igualdade.

O sistema francês é ainda hoje seguido na Bélgica, Bolívia e Luxemburgo, cujos Códigos civis imitaram o Código francês e onde o sistema tem aproximadamente o mesmo valor que em França (**).

O sistema da reciprocidade legislativa é adoptado, em princípio, pela Áustria, Colômbia, Hungria, Mónaco, Sérvia, Suécia e Suíça, e é formulado com nitidez no artigo 11.º do Código civil do Mónaco, assim redigido: «O estrangeiro goza no Principado dos mesmos direitos civis que são ou foram concedidos aos cidadãos monagascos pelas leis do país a que esse estrangeiro pertencer» (***).

O sistema da reciprocidade, quer na sua forma diplomática, quer na sua forma legislativa, baseia-se mais na *razão política* de obrigar os Estados a conceder direitos aos estrangeiros, do que na *razão de justiça* derivada do reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros, e por isso só se compreende como sistema de transição entre o *sistema histórico das incapacidades*, em que a regra era a recusa de direitos aos estran-

jeiros, e o *sistema da igualdade*, que é o único que corresponde por completo às exigências da vida jurídica do estrangeiro.

b) O *sistema da igualdade* entre nacionais e estrangeiros assenta na idea de que, por si, a qualidade de estrangeiro não impede o gozo de direitos privados. A consequência da sua aceitação é que, em princípio, aos estrangeiros são reconhecidos todos os direitos privados estabelecidos pelas leis locais.

O sistema da igualdade é o sistema seguido pela maioria dos Estados, adoptando-o designadamente a Alemanha, Argentina, Brasil, Chili, Dinamarca, Espanha, Estados-Unidos, Holanda, Inglaterra, Itália, Japão, México, Noruega, Perú, Portugal, Ruménia, Rússia, S. Salvador e Venezuela (!), assim como é estabelecido por grande número de tratados concluídos entre os Estados civilizados, podendo afirmar-se, sem receio de errar, que o sistema da igualdade traduz as tendências dos Estados civilizados.

O princípio da equiparação entre nacionais e estrangeiros não obsta, porém, a que os estrangeiros possam ser privados de um ou outro direito reconhecido aos nacionais e a que o gozo de certos direitos não esteja subordinado a condições ou sujeito a medidas de retorsão, podendo por isso encontrar-se desvios daquele princípio: *a)* no sentido da *incapacidade*; *b)* no sentido da *igualdade condicionada*; *c)* e no sentido da possibilidade de *retorsão*.

A generalidade dos Estados que seguem o sistema da igualdade estabelece restrições mais ou menos numerosas à regra geral. E assim é que: no Brasil, não podem ser proprietários de navios brasileiros (**); na Ruménia, não podem possuir imóveis rurais; em alguns Estados da federação norte-americana, ora se lhes recusa o direito de adquirir bens imóveis (Wermont, Alabama, Carolina do Norte e Missouri), ora se torna a capacidade de adquirir bens imóveis dependente de certo tempo de residência no território da república (New-Hampshire, Kentucky, Illinois, Nevada, Virginia, Connecticut, California, Indiana, Texas e Teunisse), ora se exige a declaração do propósito de se tornarem cidadãos (Arkansas, Delaware, Maryland, New-York, Carolina do Sul), ora se restringe aquela capacidade a certos limites de extensão ou de valor (Pensylvânia, onde se fixa o valor de 20:000 dollars e a extensão de 50:000 acres) (***); na Inglaterra não podem ser tutores de filhos alheios (****); e em Portugal, entre outras incapacidades, não podem ser testemunhas instrumentárias, nem proprietários de navios portugueses. São restos do sistema das incapacidades, verda-

(*) Weiss, ob. cit., pag. 211 e segs.; Audinet, ob. cit., n.º 214.º e seg.; Despagnet, ob. cit., n.ºs 38.º e seg.

(**) Weiss, ob. cit., pag. 576, 577 e 588.

(***) Weiss, ob. cit., pag. 607, 615, 619, 622, 629 e 678.

(!) Weiss, ob. cit., pag. 546 e segs.

(**) Dec. n.º 10:324, de 25 de outubro de 1913, art. 13.º e 15.º.

(***) Weiss, pag. 565.

(****) Weiss, pag. 551.

deiras sobrevivências de tempos idos, nem sempre de fácil justificação.

γ) Por vezes, a concessão de direitos privados aos estrangeiros depende de condições que não se exigem aos nacionais. Assim, na Noruega, os estrangeiros não podem adquirir bens imóveis sem autorização do rei (1) e, em Portugal, entre outros casos de igualdade condicionada, aparece o de que os representantes de um operário estrangeiro vítima de um acidente do trabalho só têm direito à indemnização se residirem em Portugal ao tempo do acidente (decreto n.º 5567, de 10 de maio de 1919, art. 24.º).

δ) O artigo 51.º da lei de introdução do Código civil alemão concede ao Chanceler imperial o direito de, com o assentimento do conselho federal, tomar medidas de *retorsão* contra os estrangeiros, para os privar de direitos que no seu país não sejam concedidos aos alemães. Uma espécie de *retorsão legal* se encontra também no artigo 5470.º do Código civil argentino, cuja letra é: « Em caso de divisão da sucessão entre herdeiros estrangeiros e argentinos, ou estrangeiros domiciliados na República, estes últimos receberão dos bens situados na República uma parte igual ao valor dos bens situados em país estrangeiro, de que sejam excluídos em virtude das leis ou costumes do país onde se abrir a sucessão ».

A medida que os progressos da civilização forem eliminando as últimas causas de prevenção contra os estrangeiros, irão desaparecendo estas diferentes formas de limitação à igualdade entre nacionais e estrangeiros, reduzindo-se a uma ou outra que represente um elemento de segurança ou de defesa do Estado, e assim se tornará efectiva a tendência manifesta do direito moderno para a equiparação entre nacionais e estrangeiros no campo do direito privado.

44 — IV — *Limite da equiparação entre nacionais e estrangeiros.* Os dois internacionalistas Jean Thomas (2) e Antoine Pillel (3) seguem a doutrina de que, do mesmo modo que existe um *limite mínimo*, abaixo do qual os Estados não podem descer sem desconhecer o princípio de direito internacional que lhes impõe o respeito da personalidade jurídica dos estrangeiros, assim também existe um *limite máximo* acima do qual o Estado não pode passar na equiparação do estrangeiro ao nacional.

O ponto de partida desta doutrina está na ideia fundamental que informa a vida internacional dos Estados civilizados — a *autonomia na solidariedade*. Nas suas relações pacíficas, os Estados modernos são *solidários*, cooperando na realização

de fins comuns, e são *autónomos*, conservando sempre uma existência separada e independente. Da combinação destes dois conceitos, a autonomia e a solidariedade, resulta que, ao aplicar a ideia de solidariedade, concedendo direitos aos estrangeiros para que eles possam praticar eficazmente o comércio internacional, não pode o Estado desconhecer a sua qualidade de cidadãos de outro Estado, ao qual se encontram ligados pelo vínculo da nacionalidade e para com o qual têm obrigações a cumprir.

Esta necessidade de reconhecer o estrangeiro como cidadão de outro Estado deriva, em verdade, dos conceitos actuais do direito internacional positivo e justifica a admissão de um limite máximo na concessão de direitos aos estrangeiros.

Em primeiro lugar, é doutrina corrente que o simples facto de o individuo se encontrar em país estrangeiro nem lhe faz perder a *nacionalidade de origem*, nem adquirir a nacionalidade do Estado local, tornando-se necessário um *acto voluntário* de naturalização para a mudança de nacionalidade, não havendo Estado nenhum que imponha a sua nacionalidade aos estrangeiros pela mera circunstância de habifarem o seu território.

E este facto inicial do respeito da nacionalidade do estrangeiro produz uma série de consequências, que são geralmente reconhecidas e que revelam o limite máximo da equiparação entre nacionais e estrangeiros. Assim acontece: com o respeito das obrigações do estrangeiro para com o seu país, nenhum Estado se opoando ao cumprimento dessas obrigações, antes facilitando esse cumprimento, não sujeitando os estrangeiros ao serviço militar e até celebrando tratados para a repatriação dos desertores (4); com a admissão de agentes diplomáticos com a função de protegerem os seus nacionais; com o reconhecimento dos consulados como instituições de protecção dos súbditos dos Estados por eles representados; com o princípio da extradição de criminosos, a qual, se não constitui uma obrigação dos Estados resultante de um costume normativo de carácter geral, é estabelecida por um tamanho número de tratados, que, de facto, representa já uma instituição largamente firmada nas relações dos Estados modernos e tende a tornar-se uma regra de direito internacional; e com a aplicação da lei do país a que o estrangeiro pertence na regulamentação das relações jurídicas que entram no domínio da lei pessoal, quando esta coincide com a lei nacional. Quer dizer, o Estado moderno, ao mesmo tempo que reconhece a personalidade jurídica

(4) O tratado de extradição entre Portugal e Espanha, de 25 de junho de 1867, contém no art.º 6.º esta disposição: « Os desertores dos corpos do exército e da armada de Portugal e Espanha serão reciprocamente entregues, sempre que se apresente a reclamação competente de Governo para Governo por via diplomática, acompanhada da cópia da sentença do conselho de guerra ».

(1) Weiss, pag. 626.

(2) *La condition des étrangers et le droit international*, na *Revue de droit international public*, 1907, págs. 620 e seg.

do estrangeiro, considera-o como *pessoa estrangeira*, com a qualidade de cidadão de determinado Estado, com deveres para com esse Estado cujo cumprimento não estorva, e a certos respeitois sujeito às leis do mesmo Estado. E tudo isto são limites à equiparação entre o nacional e o estrangeiro, pois se esta equiparação fôsse absoluta, nenhum dos apontados princípios ou instituições seria compreensível.

Pillet ainda explica por esse limite da equiparação entre nacionais e estrangeiros a recusa a estes dos *direitos políticos* e a tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de considerar nulos *por fraude à lei* do Estado a que o indivíduo pertence os actos que este vai praticar em país estrangeiro com o fim exclusivo de iludir as exigências ou os rigores da sua lei nacional (*).

A recusa de direitos políticos aos estrangeiros não nos parece, porém, uma obrigação imposta ao Estado pelo direito internacional. É antes uma medida de precaução do próprio Estado. E a prova é que alguns Estados concedem certos direitos políticos aos estrangeiros, sem que isso tenha sido objecto de protestos ou reclamações.

A teoria da nulidade por fraude à lei nacional, de que nos ocuparemos no lugar oportuno, também nos não parece relacionada com a teoria dos limites da equiparação entre nacionais e estrangeiros, mas sim com a teoria geral da determinação da lei normalmente competente para regular as relações jurídicas, pois considerar nulo um acto por fraude à lei nacional consiste em restabelecer o império de competência dessa lei quanto a actos que os interessados lhe queriam subtrair.

45—Estudado o princípio do reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros nas suas manifestações, no seu carácter e na sua organização, importa analisá-lo no seu *significado jurídico*, investigando se a atribuição aos estrangeiros da personalidade jurídica é uma atribuição *ex novo* pelo Estado local ou é verdadeiramente o reconhecimento de uma personalidade jurídica já existente.

A questão é formulada por Anzilotti e Marinoni, que lhe dão soluções diversas.

Anzilotti põe a questão do modo seguinte: «Poderia talvez sustentar-se que o Estado não reconhece ao estrangeiro a personalidade baseada na lei estrangeira, mas a atribui *ex novo* a todo o ser humano que se encontre no seu território, por isso mesmo que um complexo de exigências ético-jurídicas lhe impõem a obrigação de não tolerar que o homem não seja considerado e tratado senão como sujeito de direitos; parece-me, porém, que o conceito do reconhecimento da personalidade atribuída

(*) *Principes*, n.ºs 79 a 82.

ao indivíduo pela ordem jurídica a que ele pertence corresponde melhor à continuidade (*perennità*) intrínseca e ao carácter absoluto e constante da capacidade geral de direito do homem no mundo civilizado; além disso, não me parece duvidoso que, na consciência dos Estados modernos, existe o propósito de reconhecer ao estrangeiro uma qualidade de que ele já se encontrava investido, em vez do propósito de lhe atribuir *ex novo* com as suas próprias leis» (1).

Marinoni escreve: «A capacidade ou personalidade jurídica de um dado ente apenas lhe pode ser dada por uma dada ordem jurídica. Podem diferentes ordens jurídicas considerar sujeito de direitos o mesmo indivíduo ou, no caso de pessoas colectivas, o mesmo substracto, havendo, porém, uma capacidade diferente para cada ordem jurídica e sendo irrelevante para uma ordem jurídica a condição fixada pelas outras. Um exemplo esclarecerá o assunto. A capacidade jurídica atribuída a um francês pelo Estado francês só pode valer dentro da esfera própria do direito francês. Onde domina a norma do direito italiano, a regra jurídica do Estado francês é, e não pode deixar de ser, irrelevante. Se depois o Estado italiano atribuir capacidade jurídica ao indivíduo que pelo Estado francês é considerado seu cidadão e, como tal, sujeito de direitos, a personalidade do mesmo indivíduo na ordem jurídica italiana não tem valor algum relativamente à personalidade que lhe é atribuída pelo direito francês. As duas personalidades respeitam ao mesmo indivíduo, mas são expressão de ordens jurídicas inteiramente distintas; cada personalidade vale para a ordem jurídica que a estabeleceu, e somente para ela» (2).

Qual será a doutrina juridicamente rigorosa?

A doutrina de Marinoni é uma aplicação lógica da sua teoria da territorialidade dos sistemas jurídicos estaduais, que já expusemos noutro lugar (3). A personalidade jurídica é uma atribuição da ordem jurídica, e por isso que, segundo ele, a ordem jurídica de um Estado é irrelevante perante a ordem jurídica de outro Estado, o valor jurídico da personalidade reconhecida por um Estado cessa onde acaba o império da ordem jurídica desse Estado.

Na crítica que fizemos da teoria de Marinoni, vimos que a autoridade legislativa do Estado podia ser *limitada* pelo direito internacional e *auto-limitada* pelo direito interno, no sentido de admitir o valor e a eficácia das leis estrangeiras, sendo exactamente função do direito internacional privado coordenar os sistemas jurídicos nacionais, corrigindo as conseqüências da fragmentação da humanidade em Estados independentes com

(1) *Il dir. int. ein giud. int.*, pag. 154, nota (1).

(2) *Della condizione giuridica delle società commerciali straniere*, Roma, 1914, pag. 131.

(3) *Supra*, n.º 15.

leis próprias. Nessa concepção, em que acompanhamos Ghirardini e Tosti, os sistemas jurídicos, em vez de *tangenciais*, aparecem-nos como *solidários*, podendo no sistema jurídico de um Estado integrar-se como lei uma regra de direito formulada por outro Estado. Mas, se na ordem jurídica de um Estado pode integrar-se uma *lei estrangeira*, também aí pode ter valor a personalidade jurídica atribuída pela mesma lei aos súbditos do Estado que a promulgou.

Sob o ponto de vista do rigor da técnica jurídica é, pois, admissível a doutrina de que a personalidade dos estrangeiros, em vez de atribuída *ex novo*, pode ser reconhecida como uma personalidade jurídica já existente.

Mas se a doutrina é juridicamente possível, é também a que melhor corresponde ao destino da personalidade jurídica, às exigências da sua continuidade, à intuição do senso jurídico e ao propósito dos Estados civilizados quando estabeleceram o princípio do reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros.

Quanto ao seu destino, a personalidade jurídica é o *reves-timento* jurídico da personalidade natural, devendo, como esta, ser permanente, para que o homem seja sempre um sujeito de direitos. Mas, além de *permanente*, a personalidade jurídica deve ser *una, contínua e idêntica*, como a entidade natural que protege, e, na concepção de Marinoni, a unidade e a identidade contínua cedem o lugar a uma *pluralidade sucessiva*, ao mesmo tempo extravagante e incapaz de explicar a persistência dos direitos que, adquiridos num país, o seu titular queira fazer valer em outro país.

Ao *senso jurídico* repugna que o indivíduo mude de personalidade à medida que muda de país, e que vá tendo tantas personalidades como os países que atravessa. Seria um verdadeiro exagêro de *toilettes jurídicas*.

O propósito dos Estados civilizados, ao aceitar o princípio do reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros, foi certamente reconhecer uma qualidade já existente, pois o princípio deve considerar-se ditado pela solidariedade dos Estados e pelo interesse dos indivíduos, e estas razões da existência do princípio conduzem naturalmente a entender o mesmo princípio como reconhecimento de uma personalidade já existente, e não como atribuição de uma personalidade nova.

Isto não quer dizer que, por exigências da ordem pública local, a personalidade jurídica do estrangeiro não possa ser *restringida* ou *ampliada* e que a *concretização* da personalidade pelo exercício de direitos não possa ser regida por uma lei diferente da do Estado de origem, como veremos no estudo dos conflitos de leis.

46— As considerações que temos feito até aqui respeitam ao *regime geral* da condição dos estrangeiros nos Estados de civi-

lização europeia ou que assimilaram os princípios desta civilização. Procuraremos agora determinar, em resumo, o *regime especial* da condição dos *estrangeiros operários*, e o regime da condição dos estrangeiros nos *países de capitulações*.

Começaremos pelo estudo da condição jurídica dos estrangeiros operários.

Para o efeito de organizar a liberdade de trabalho e de definir a condição jurídica dos trabalhadores, quer nas suas mútuas relações, quer nas suas relações com os industriais, os Estados modernos sentiram a necessidade da regulamentação do trabalho e criaram pouco e pouco o *direito operário*, o qual, considerado nos seus grandes capítulos, abrange a regulamentação administrativa do trabalho, o contrato de trabalho, a organização colectiva do trabalho, as instituições de previdência operária, a resolução dos conflitos do trabalho e as habitações operárias.

A formação do direito operário nacional teve, porém, naturalmente de coordenar-se com os dois factos da *concorrência industrial internacional* e da *emigração operária*, para o duplo efeito de, por um lado, corrigir as consequências da influência da regulamentação do trabalho sobre o custo da produção e, por outro lado, definir a situação dos operários estrangeiros.

O primeiro facto constituiu uma das razões mais fortes produzidas contra a regulamentação legal do trabalho, alegando os adversários dessa regulamentação que ela determinava o aumento do custo da produção, o que colocava os Estados que publicassem leis de protecção do trabalho numa situação inferior em relação a aqueles que não tivessem leis dessa natureza.

Ora, para, ao mesmo tempo, proteger os interesses dos trabalhadores e não ferir os interesses dos industriais de cada país, apareceu a idea de *internacionalizar*, mediante tratados, as leis operárias, pela generalização e, até onde fosse possível, pela uniformização da protecção legal dos trabalhadores. Semelhante idea já começou a realizar-se, constituindo a sua realização o que costuma chamar-se a *legislação internacional do trabalho*.

O segundo facto, que é uma manifestação particular do fenómeno geral da emigração de um para outro país, e portanto se integra nos factores determinantes da formação do direito internacional privado⁽¹⁾, trouxe a necessidade de estabelecer princípios especiais acerca da situação jurídica dos operários estrangeiros, quando fossem insuficientes os princípios gerais daquele direito.

As duas ordens de regras de direito, tendentes já a asse-

(1) Supra. n.º 1.

gurar nos diferentes Estados uma legislação quanto possível uniforme da protecção do trabalho, já a definir a situação jurídica dos operários estrangeiros, vieram constituir o *direito internacional operário*, que pode definir-se — o ramo do *direito internacional que regula as relações entre os Estados quanto à regulamentação legal do trabalho e quanto à situação jurídica dos operários seus nacionais* (1).

E, dada a existência desta nova manifestação do direito internacional, que, em grande parte, é direito internacional privado, cumpre-nos dar notícia da sua formação, do seu modo de ser actual e das suas tendências evolutivas. Os dois elementos do direito internacional operário — legislação internacional do trabalho e regime da situação jurídica dos operários estrangeiros —, se por vezes se associam e tendem a constituir um só corpo de regras legais, têm conservado entre si maior ou menor autonomia. Vamos por isso referi-los separadamente.

1 — *Legislação internacional do trabalho.* A idea de internacionalizar a protecção legal do trabalho foi esboçada em princípios do século XIX pelo grande reformador inglês Robert Owen, o qual, tendo já apresentado aquela idea num discurso proferido em 1816, enviou, em 1818, aos plenipotenciários da Santa Aliança, reunidos no Congresso de Aix-la-Chapelle, uma memória, descrevendo as consequências da revolução industrial sobre as classes operárias e pedindo que o congresso nomeasse uma comissão encarregada de examinar as suas instituições e de apresentar um relatório no congresso imediato. O inspirador da Santa Aliança, Friedrich von Gentz, ter-lhe-ia, porém, respondido: «Não desejamos que as massas melhorem de situação e se tornem independentes de nós: como poderíamos depois dominá-las?» (2)

Esta resposta fez desanimar Owen, mas a sua idea reapareceu em França em 1838 com Daniel-le-Grand, que a advogou com vigor até à sua morte, em 1859 (3).

Desde então começou a idea de Owen a ganhar corpo, a inspirar votos de realização nos congressos e nos parlamentos, até que, em 1881, o Conselho federal suíço fez a primeira tentativa para reunir uma conferência diplomática com o fim de regulamentar as questões do trabalho.

Embora esta tentativa ficasse sem efeito, por não serem animadoras as respostas dos Governos, a corrente de simpatia pela idea da internacionalização das leis do trabalho foi ganhando terreno, e em 1889 o Governo suíço renovou a iniciativa de 1881, encontrando desta vez acolhimento favorável na

maior parte dos Governos, pelo que convocou a conferência para reunir em Berne em 5 de maio de 1890, a qual só se não realizou pelo facto de o imperador da Alemanha, Guilherme II, que não tinha respondido à nota suíça, se substituir ao Governo helvético, convocando para Berlim, por dois rescritos de 5 de fevereiro de 1890, uma conferência diplomática para o estudo das questões operárias, a qual reuniu no dia 15 de março com representantes de treze Estados — Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Holanda, Inglaterra, Itália, Luxemburgo, Portugal, Suécia-Noruega e Suíça, e discutiu a regulamentação do trabalho das minas, do descanso semanal, do trabalho de menores, e do trabalho das mulheres.

A conferência de Berlim não pôde, porém, ainda formular projectos de tratados que fossem base da regulamentação internacional do trabalho, limitando-se a emitir votos sobre o assunto, devendo-se esse resultado às divergências profundas que então separavam as legislações e ao desfavor com que ainda era recebida a doutrina da intervenção do Estado na direcção do trabalho.

A situação foi-se, porém, modificando, os escrúpulos de intervencionismo desvaneceram-se, as legislações foram-se aproximando, a ponto de poder dizer-se existente, em certas matérias, um *direito operário comum europeu*, e por isso, sem grande sacrificio dos conceitos de politica económica ou das legislações nacionais, poderia ser levada a efeito a conclusão de *tratados de trabalho*, que, pela uniformidade ou pela generalização de leis justas de protecção do trabalho, realizassem a obra da protecção legal internacional dos trabalhadores.

Este resultado foi preparado por um intenso trabalho de iniciativa particular, na qual se viu o precedente necessário da iniciativa official.

Já em 1897 reuniram, quasi ao mesmo tempo, dois congressos: um em Zurich, com o nome de *Congresso internacional para a protecção operária*, formado na sua maioria por socialistas e cristãos sociais, o qual reconheceu a necessidade de uma legislação internacional do trabalho; e outro em Bruxelas, intitulado *Congresso internacional da legislação do trabalho*, composto de economistas de todas as escolas, no qual, se prevaleceu a idea da impossibilidade immediata da regulamentação internacional do trabalho, se acordou contudo na utilidade de um *Officio internacional de estatística do trabalho*, que centralizasse os elementos necessarios à resolução dos problemas da protecção legal dos trabalhadores.

A iniciativa particular no sentido de promover a formação da legislação internacional do trabalho encontrou, porém, a sua eficaz organização na *Associação internacional para a protecção legal dos trabalhadores*, criada pelo congresso reunido em Paris em 1900 para elaborar as bases da legislação operá-

(1) Vide: Raynaud, *Droit international ouvrier*, Paris, 1906, pág. 5; Mahaim, *Le droit international ouvrier*, Paris, 1913, pág. 23.

(2) Mahaim, pág. 185 e seg.

(3) Mahaim, ob. cit., pág. 188 e seg.

ria e aplanar o caminho para o acôrdo dos Estados sôbre as questões do trabalho.

A Associação, para cuja sede foi escolhida a cidade de Basilea, ficou constituída de duas instituições — *Officio internacional do trabalho*, destinado a reunir os documentos legislativos e estatísticos relativos à classe operária nos diversos países e a servir de intermediário entre os officios nacionais do trabalho, — e *Assemblea geral ou Congresso*, que deve reunir, em principio, de dois em dois anos, formada de delegados das *secções nacionais* da Associação e encarregada de preparar os acordos diplomáticos relativos ao trabalho.

Criada, como dissemos, em 1900, constituiu-se a Associação na assemblea geral de Basilea de 1901 e reuniu em congresso sucessivamente em Colónia (1902), em Basilea (1904), em Genebra (1906), em Lucerne (1908), em Lugano (1910), em Zurick (1912) e em Basilea (1920), estudando e formulando conclusões acêra da protecção legal dos trabalhadores.

No congresso de Colónia (1902), em que foram estudadas as duas questões da regulamentação do trabalho nocturno das mulheres empregadas na indústria e da regulamentação do emprêgo dos venenos industriais, foi nomeada uma comissão internacional encarregada de tomar resoluções definitivas sôbre aquelas duas questões, a qual, reunindo em Basilea em 1903, se pronunciou unânimemente pela realização, por iniciativa do Conselho federal suíço, de uma conferência diplomática em que fossem discutidas e fixadas medidas internacionais tendentes: 1.º) a proibir o emprêgo do fósforo branco na indústria dos fósforos; 2.º) a proibir ou, pelo menos, regulamentar com rigor o trabalho nocturno das mulheres nas fábricas.

Comunicada a deliberação ao Officio internacional do trabalho, pediu este ao Conselho federal suíço, em 16 de setembro de 1903, que convocasse uma assemblea diplomática para resolver as duas referidas questões, e, no congresso de Basilea de 1904, a assemblea geral da Associação fez sua a iniciativa da comissão internacional, emitindo um voto no sentido de que fosse convocada uma assemblea diplomática para resolver as mencionadas questões.

Em face de tudo isto, o Conselho federal suíço perscrutou o modo de pensar dos Governos europeus sôbre a oportunidade da conferência e, como as negociações tivessem acolhimento favorável, convocou a conferência para 8 de maio de 1905. A conferência reuniu nesse dia em Berne, terminando a 17 do mesmo mês pela conclusão de dois acordos, contendo as bases de duas convenções sôbre a proibição do emprêgo do fósforo branco na indústria dos fósforos e sôbre a proibição do trabalho nocturno das mulheres empregadas na indústria. Na conferência estiveram representadas a Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Holanda, Itália, Inglaterra, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Suécia e Suíça, sendo os dois acordos assinados

por todos estes Estados, com excepção da Espanha e da Inglaterra.

Animado com o resultado obtido, o Conselho federal suíço, ao mesmo tempo que enviou aos Governos as decisões da conferência, mostrava a necessidade de uma nova conferência em que fossem transformadas em tratados as decisões da conferência em 1905 e pedia que, na hipótese de os mesmos Governos também assim o entenderem, lhe comunicassem o seu modo de ver quanto ao lugar e à data da conferência. Diante das respostas favoráveis da maior parte dos Governos, o Conselho federal convocou a conferência para o dia 19 de setembro de 1906, a qual esteve reunida até 27 deste mês, dia em que assinou duas convenções, pelas quais os Estados signatários se obrigaram a proibir o emprêgo do fósforo branco na indústria dos fósforos e a proibir o trabalho nocturno das mulheres empregadas na indústria. A primeira convenção foi assinada e ratificada pela Alemanha, França, Holanda, Itália, Luxemburgo e Suíça, e a ela aderiram a Espanha e a Inglaterra (1); a segunda foi assinada pela Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Holanda, Inglaterra, Itália, Luxemburgo, Portugal, Suécia e Suíça, tendo sido ratificada por todos estes Estados, à excepção da Dinamarca e da Espanha (2).

Por obra, pois, da transformação das ideas e das legislações sôbre o direito operário e mercê do persistente esforço da Associação internacional para a protecção legal dos trabalhadores, a conferência de Berne pôde começar a converter em realidade a idea que na conferência de Berlim ainda pareceu uma simples utopia.

E, uma vez iniciada a obra da legislação internacional do trabalho, essa obra continuaria até se estabelecer um regime de justiça na regulamentação legal de todas as questões operárias.

A associação internacional para a protecção legal dos trabalhadores continuou a desenvolver o seu esforço e o Conselho federal suíço, a instâncias suas, convocou para Berne, para o dia 15 de setembro de 1913, uma nova conferência diplomática, a qual esteve reunida até o dia 25, sendo assinado nesse dia o acto final com as bases de convenções internacionais sôbre a proibição do trabalho nocturno dos menores empregados na indústria e sôbre a fixação do dia de trabalho no máximo de dez horas para as mulheres e menores.

Os delegados à conferência pediram ao Conselho federal que convocasse para 1914 uma nova conferência diplomática em que fossem elaboradas as convenções, mas a grande guerra

(1) Mahaim, ob. cit., pág. 257.

(2) Mahaim, ob. cit., pág. 289 e 368; Carta régia de 19 de dezembro de 1908; *Sinopse de tratados*, pág. 15.

mundial tornou impossível a reinição da conferência, suspendendo o movimento de organização da legislação internacional do trabalho (1).

Semelhante suspensão só fez, porém, com que o movimento oficial, começado pelas conferências de Berne, continuasse com mais intensidade depois de finda a guerra.

Com efeito, o Congresso de Paris ou, como geralmente se denomina, a *Conferência da paz*, inaugurada no dia 18 de janeiro de 1919, logo na sessão inaugural incluiu no seu programa de estudo a legislação internacional do trabalho (2).

Como tinham mudado as idéas dos homens e o aspecto do mundo! A Santa Aliança, a filha primogénita do congresso de Viena, repelira brutalmente a idea generosa de Roberto Owen da protecção internacional do trabalho; o Congresso de Paris toma por si mesmo a iniciativa de fazer da legislação internacional do trabalho uma das bases da paz do mundo!

Em obediência a esse propósito, na segunda sessão plenária da Conferência, realizada a 25 de janeiro de 1919, resolveu-se constituir uma comissão, composta de dois representantes de cada uma das cinco grandes potências e de cinco representantes eleitos pelas outras potências representadas na conferência, para o efeito de fazer um inquérito acêrca das condições do emprêgo dos trabalhadores, considerado sob o ponto de vista internacional, e examinar os meios internacionais necessários para assegurar uma acção comum sobre os assuntos respeitantes ao emprêgo dos trabalhadores, e para propor a forma de uma instituição permanente destinada a continuar aquele inquérito e aquele exame em cooperação com a Sociedade das nações e sob a sua direcção» (3).

A comissão foi eleita nesse mesmo dia e, logo depois de constituída, a delegação britânica apresentou um projecto de organização internacional destinada a realizar a obra da legislação internacional do trabalho.

O projecto inglês, embora largamente discutido, foi fundamentalmente aprovado pela comissão, e o projecto desta passou quasi integralmente para os tratados de paz, encontrando-se

(1) Sobre a legislação internacional do trabalho e sobre o direito internacional operário, anteriormente à grande guerra, vide: Raynaud, ob. cit. Valentini-Persini, *Protezione e legislazione internazionale del lavoro*, Milano—Torino—Roma, 1909-1910; Mahaim, ob. cit.; *Revue Darras—de Lardelle*, 1908, pág. 289 e 288, 1906, pág. 798, 1908, pág. 798, 1909, pág. 351, e 1910, pág. 987; *Revue générale de droit international public*, 1898, pág. 568; *Revue de droit international et de législation comparée*, 1890, pág. 8, e 1904, pág. 296; *La vie internationale*, I, pág. 531, II, pág. 68, III, pág. 65 e 456, e IV, pág. 226 e 360.

(2) *Conférence des préliminaires de paix*, Protocole n.º 1, pág. 11.

(3) Protocole n.º 2, pág. 26; Mahaim, *L'organisation du travail de la Société des nations et la conférence de Washington*, na *Revue économique internationale*, 1920, vol. IV, pág. 851 e seg.

no tratado com a Alemanha, ao qual nos referiremos de preferência, nos artigos 387.º a 432.º (1).

Antes, porém, de referir os preceitos do tratado, transcreveremos o *preâmbulo*, também elaborado pela comissão, que precede esses preceitos, por êle definir os propósitos da Conferência da paz. Ei-lo: «Atendendo a que a Sociedade das nações tem por fim estabelecer a paz universal e que uma tal paz não pode deixar de ser fundada sobre a justiça social; atendendo a que existem condições de trabalho que representam para um grande número de pessoas a injustiça, a miséria e as privações, o que gera um descontentamento tal que põe em perigo a paz e a harmonia universal; atendendo a que é urgente melhorar aquelas condições, no que respeita, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão de obra, à luta contra a falta de trabalho, à garantia de um salário que assegure condições de existência conveniente, à protecção dos trabalhadores contra as doenças gerais ou profissionais, e contra os accidentes do trabalho, à protecção dos menores, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores occupados no estrangeiro, à afirmação do principio da liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico e a outras medidas análogas; atendendo a que a não adopção por um Estado de um regime de trabalho realmente humano constituiu um obstáculo aos esforços dos outros Estados que desejam melhorar a sorte dos trabalhadores no seu próprio país: as altas potências contratantes, determinadas por sentimentos de justiça e de humanidade, bem como pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoira, acordaram no seguinte...»

Depois d'este preâmbulo, aparece a *organização* pautada sobre o projecto inglês, contendo: uma *Conferência geral do trabalho*, a qual tem por missão promover a formação da legislação internacional do trabalho, quer sob a forma de *recomendações*, em que indique aos Estados o sentido em que devem promulgar leis de protecção do trabalho, quer sob a forma de *projectos de convenções internacionais*, que devem ser ratificadas pelos mesmos Estados; um *Officio internacional do trabalho*, tendo a seu cargo, designadamente, centralizar e distribuir as informações relativas à regulamentação internacional da condição dos trabalhadores e do regime do trabalho, preparar a ordem do dia das sessões da conferência, e publicar, em francês, inglês e noutra lingua que o Conselho administrativo julgar conveniente, um boletim periódico consagrado ao estudo das questões

(1) Conf.: Tratado com a Áustria, art. 352.º a 368.º; tratado com a Hungria, art. 315.º a 348.º; tratado com a Bulgária, art. 249.º a 285.º; e tratado com a Turquia, art. 374.º a 410.º.

concernentes à indústria e ao trabalho e que apresentem carácter internacional; um *Conselho administrativo*, que, entre outras funções, superintende nos serviços do officio internacional, nomeia o director d'este officio, fixa a ordem do dia das sessões da conferência, e procura resolver, mediante negociações com os Estados interessados, os conflitos respeitantes à execução dos tratados de trabalho; *Comissões de inquérito*, destinadas a constatar e analisar os factos sobre que versem os conflitos relativos à execução dos tratados de trabalho e a formular as recomendações que elas julguem convenientes para resolver esses conflitos. Além disso, a organização internacional do trabalho supõe a existência de um *Tribunal permanente de justiça internacional*, para a resolução dos conflitos que o conselho administrativo e as comissões de inquérito não consigam aplanar. Não é, porém, como no projecto inglês, um tribunal especial para os conflitos respeitantes à execução dos tratados de trabalho, mas o tribunal permanente de justiça internacional previsto no artigo 14.º do pacto da Sociedades das nações.

E, assim indicadas as instituições internacionais que haviam de preparar a realização da legislação internacional do trabalho e assegurar a sua execução, os tratados de paz fixaram o lugar (Washington) e a data (outubro de 1919) da primeira sessão da Conferência internacional do trabalho, assim como determinaram a ordem do dia dessa sessão, que seria a seguinte: 1.º) fixação do principio do dia de 8 horas ou da semana de 48 horas; 2.º) questões relativas aos meios de prevenir a falta de trabalho e de remediar os seus inconvenientes; 3.º) emprêgo das mulheres antes ou depois do parto, durante a noite e em trabalhos insalubres; 4.º) emprêgo de menores, quanto à idade de admissão, ao trabalho nocturno e aos trabalhos insalubres; 5.º) extensão e applicação das convenções internacionais adoptadas em Berne em 1906 sobre a prohibição do trabalho nocturno das mulheres empregadas na indústria e sobre a prohibição do emprêgo do fósforo branco na indústria dos fósforos (Tratado com a Alemanha, artigo 424.º, e anexo inserto depois do artigo 426.º).

E ainda os tratados de paz definiram os principios que deviam guiar a Conferência internacional do trabalho na seguinte disposição, que é a chamada *Carta do trabalho* (1), também preparada pela comissão, embora modificada na forma pela Conferência plenária, a qual se lê no art. 427.º do tratado com a Alemanha:

«As Altas Partes Contratantes, reconhecendo que o bem-estar físico, moral e intelctual dos trabalhadores salarizados é de essencial importância sob o ponto de vista internacional, esta-

beleceram, para atingir este alto fim, o organismo previsto na secção I e associado ao da Sociedade das Nações.

«Reconhecem que as diferenças de clima, de usos e costumes, de oportunidade económica e de tradição industrial tornam difficil atingir immediatamente a uniformidade absoluta das condições do trabalho. Mas, persuadidas, como estão, de que o trabalho não deve ser considerado simplesmente como um artigo de comércio, pensam que há métodos e principios de regulamentação das condições do trabalho que todas as comunidades industriais deverão esforçar-se por applicar tanto quanto o permitam as circunstâncias especiais em que se encontrem.

«Entre estes métodos e principios, parece às Altas Partes Contratantes que são de importância particular e urgente os seguintes:

1) O principio acima enunciado de que o trabalho não deve ser considerado simplesmente como mercadoria ou artigo de comércio.

2) O direito de associação para todos os fins não contrários às leis, tanto para os operários como para os patrões.

3) O pagamento aos trabalhadores de um salário que lhes assegure um nível de vida conveniente, em harmonia com o modo de ser do seu tempo e do seu país.

4) A adopção do dia de oito horas de trabalho ou da semana de quarenta e oito horas, como fim a atingir em toda a parte onde ainda não foi obtido.

5) A adopção de um descanso semanal do minimo de vinte e quatro horas, o qual deverá, sempre que seja possível, comprehender o domingo.

6) A supressão do trabalho das crianças e a obrigação de estabelecer para o trabalho dos adolescentes de ambos os sexos as limitações necessárias, a fim de lhes permitir continuar a sua educação e de assegurar o seu desenvolvimento físico.

7) O principio do salário igual, sem distincção de sexo, para um trabalho de valor igual.

8) As regras estabelecidas em cada país a respeito das condições do trabalho deverão assegurar um tratamento económico equitativo a todos os trabalhadores que residam legalmente no país.

9) Todos os Estados devem organizar serviços de inspecção, os quaes comprehenderão as mulheres, afim de assegurar a applicação das leis e regulamentos de protecção dos trabalhadores.

«Sem proclamar que estes principios e estes métodos são ou completos, ou definitivos, as Altas Partes Contratantes são de opinião que elles são próprios para guiar a politica da Sociedade das nações, e que, se fôrem adoptados pelas comunidades industriais que são membros da mesma Sociedade, e se fôrem mantidos na pratica por um corpo apropriado de inspec-

(1) Mahaim, *Revue cli.*, pág. 871

tores, espalharão benefícios permanentes entre os salarizados do mundo».

Tal a forma e tais as bases da organização do trabalho da Sociedade das nações.

Uma vez estabelecida a organização internacional que havia de preparar a legislação internacional do trabalho, definida a sua missão, e *outorgada* a Carta do trabalho, cumpria que aquela organização começasse a *funcionar*.

Como ficára estabelecido nos tratados de paz, o Governo dos Estados Unidos convocou a Conferência internacional do trabalho para Washington, para o dia 29 de outubro de 1919. Reünida nesse dia, funcionou até 29 de novembro seguinte, adoptando seis projectos de convenções e seis recomendações (1).

Os projectos de convenções são os seguintes:

1) Projecto de convenção tendente a limitar a oito horas por dia e a quarenta e oito horas por semana o número de horas de trabalho nos estabelecimentos industriais.

2) Projecto de convenção relativa à falta de trabalho, inserindo disposições adequadas a evitá-la e a remediar os seus inconvenientes.

3) Projecto de convenção relativa ao emprego das mulheres antes e depois do parto, determinando que elas *não poderão* trabalhar nas seis semanas seguintes ao parto, e que *poderão deixar de trabalhar* nas seis semanas anteriores, recebendo uma indemnização suficiente para a sua alimentação e para a do recém-nascido.

4) Projecto de convenção relativa ao trabalho nocturno das mulheres empregadas na indústria, proibindo-o em principio (2).

5) Projecto de convenção relativa à idade mínima de admissão dos menores ao trabalho industrial, fixando-a nos 14 anos.

6) Projecto de convenção relativa ao trabalho nocturno dos menores na indústria, proibindo-o, em regra, até aos 18 anos.

As recomendações respeitam: 1.ª, à falta de trabalho; 2.ª, à reciprocidade de tratamento dos operários estrangeiros; 3.ª, à prevenção do carbúnculo; 4.ª, à protecção das mulheres e dos menores contra o saturnismo; 5.ª, à criação de um serviço público de hygiene; 6.ª, à aplicação da convenção adoptada em

(1) *Bulletin de l'Institut intermédiaire international*, tom. III, 1, pág. 112; *Conférence internationale du travail* (Actas), Washington, 1920; *Conférence internationale du travail. (Projets de Conventions et recommandations adoptés par la Conférence à la première session annuelle)*, pág. 3 e seg.

(2) Este projecto de convenção destina-se a substituir a convenção de Berne de 26 de setembro de 1906, a que acima nos referimos (Supra, pag. 153).

Berne em 1906 sobre a proibição do fósforo branco na indústria dos fósforos (3).

A conferência deve reunir, pelo menos, uma vez por ano (trat. cit., art. 389.º), e por isso o Conselho administrativo, na sessão de 22 a 25 de março de 1920, decidiu que a Conferência neste ano reunisse em Genebra no dia 15 de junho (4). Reünindo, com efeito, nesse dia, funcionou até 10 de julho, adoptando três projectos de convenções e quatro recomendações.

Os projectos de convenções versam: 1.º—sobre a idade mínima de admissão dos menores no trabalho marítimo, que fixou em regra aos 14 anos; 2.º—sobre a indemnização por falta de trabalho em caso de perda por naufrágio, indemnização que pode ir até dois meses de salário; 3.º—sobre a colocação de marinheiros, proibindo que, para o futuro, esta colocação possa ser objecto de comércio. As recomendações referem-se: 1.ª, à limitação das horas de trabalho na indústria da pesca; 2.ª, à limitação das horas de trabalho na navegação interior; 3.ª, à organização de estatutos nacionais dos marinheiros; 4.ª, ao seguro dos marinheiros contra a falta de trabalho (5).

No mesmo mês de junho de 1920, o Conselho administrativo fixou a data da terceira sessão da Conferência internacional, a qual reunirá no dia 5 de abril de 1921 e se ocupará das emendas ao tratado de Versailes quanto ao regime internacional do trabalho, da regulamentação do trabalho agrícola e da semana inglesa na indústria e no comércio (6).

Estes o que fizeram os tratados de paz sobre a legislação internacional do trabalho e o que até hoje fez a Conferência internacional do trabalho. Logo que sejam ratificados os tratados em projecto e sejam promulgadas leis internas moldadas pelas recomendações feitas pela Conferência, ficará em grande parte resolvido, nos Estados que fazem parte da Sociedade das nações, o problema da regulamentação internacional do trabalho.

II—*Regime da situação jurídica dos operários estrangeiros*. Este regime respeita aos direitos dos operários estrangeiros, aos conflitos das leis operárias, e ao valor dos direitos adquiridos pelos operários em país estrangeiro. Neste lugar occupar-nos hemos apenas dos direitos dos operários estrangeiros.

Sobre este assunto não existem costumes internacionais diferentes dos respeitantes aos estrangeiros em geral, e por isso

(1) Supra, pág. 153.

(2) *Bulletin cit.*, pág. 114.

(3) *Société des Nations—Journal officiel*, 1920, n.º 6, pág. 377 e seg. *Conférence internationale du travail. (Projets de conventions et recommandations adoptés par la Conférence au cours de sa deuxième session)*, pág. 5 e seg.

(4) *Bulletin cit.*, tom. III, 2, pág. 337 e 338.

as fontes das regras de direito limitam-se aos tratados e às leis internas. Os tratados podem ser, porém, bilaterais ou plurilaterais, sendo estes que devem ocupar o primeiro lugar, pela extensão do seu efeito, e por isso faremos o estudo dos direitos dos operários estrangeiros observando a série — tratados plurilaterais, tratados bilaterais, e leis internas:

a) *Tratados plurilaterais*. Não pode ainda citar-se um tratado plurilateral em vigor que *imediate e directamente* defina a condição jurídica dos operários estrangeiros. Em verdade, tratados de trabalho plurilaterais em vigor apenas se podem citar as convenções de Berne de 1906 sobre o trabalho nocturno das mulheres na indústria e sobre o emprego do fósforo branco na indústria dos fósforos, e essas convenções nenhuma referência fazem aos operários estrangeiros. Mas, pela sua própria índole, essas convenções são aplicáveis a nacionais e a estrangeiros, pois se referem à regulamentação geral do trabalho, e por isso *indirectamente* protegem os operários estrangeiros.

Contudo, o tratado de paz de Versailes lançou as bases da protecção *directa* dos operários estrangeiros, mediante tratados plurilaterais ou recomendações tendentes à promulgação de leis internas sobre o assunto. Não só no preâmbulo, de que fez preceder as disposições relativas à organização do trabalho, considerou de carácter urgente a adopção de medidas de defesa dos interesses dos trabalhadores ocupados no estrangeiro, mas também no artigo 427.º, ao indicar os princípios de particular importância e urgência que devem ser aplicados por todas as comunidades industriais, especificou o seguinte: «As regras estabelecidas em cada país a respeito das condições do trabalho devem assegurar um tratamento económico equitativo a todos os trabalhadores que residam legalmente no país».

Este princípio deveria, pois, presidir à elaboração dos projectos de tratados e das recomendações que a Conferência internacional do trabalho havia de organizar para melhorar a situação dos trabalhadores. E a Conferência tem obedecido, com efeito, a essa orientação.

A Conferência de Washington dedicou à realização daquele princípio uma recomendação especial e, por mais de uma vez, fez aplicação do mesmo princípio nos projectos de convenções e nas recomendações que elaborou.

A recomendação especial, que já conhecemos, é do teor seguinte: «A Conferência geral recomenda que cada um dos membros da organização internacional do trabalho assegure, sobre a base da reciprocidade, nas condições estabelecidas por comum acôrdo dos países interessados, aos trabalhadores estrangeiros empregados dentro do seu território e a suas famílias, o benefício das leis e regulamentos de protecção operária, bem como o gozo do direito de associação reconhecido, dentro dos limites legais, aos trabalhadores nacionais».

Aplicações do princípio encontram-se designadamente: 1.º) no projecto de convenção relativa à falta de trabalho, cujo artigo 3.º determina que os Estados signatários que tenham estabelecido um sistema de seguros contra a falta de trabalho, devem realizar acordos que permitam aos trabalhadores nacionais de um dêles que trabalhem no território dos outros receber indemnizações de seguro iguais às recebidas pelos nacionais do Estado local; 2.º) no projecto de convenção relativa ao trabalho das mulheres antes e depois do parto, cujo artigo 2.º dispõe que, para o efeito da aplicação da convenção, a palavra «mulher» designa qualquer pessoa do sexo feminino, seja qual for a sua idade, *nacionalidade* ou estado.

Por seu lado, a conferência de Genebra de 1920 applicou claramente o mesmo princípio: 1.º) na recomendação relativa às horas de trabalho na pesca, dizendo que o dia de 8 horas deve abranger *todos os trabalhadores* empregados naquela indústria; 2.º) no projecto de convenção relativa ao emprego dos marinheiros, cujo artigo 8.º dispõe que os Estados signatários tomarão as medidas necessárias para que as facilidades de colocação dos marinheiros previstas pela convenção estejam à disposição dos *marinheiros de todos aqueles Estados* quando as condições do trabalho sejam aproximadamente as mesmas.

Vê-se, pois, que o direito internacional do trabalho, como os tratados de paz procuraram orientá-lo e como a Conferência internacional do trabalho procura organizá-lo, assentará no princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros, embora seja, em geral, uma igualdade submetida à condição da reciprocidade. Mas, também aqui, a reciprocidade será por certo um meio de transição para a igualdade sem condições.

b) *Tratados bilaterais*. Ao mesmo tempo que se pronunciava o movimento para a realização da legislação internacional do trabalho, alguns Estados entre os quais se dá a emigração operária, procuraram, mediante tratados bilaterais, regular a situação dos operários que, sendo nacionais de um dêles, trabalhem no território do outro.

Já podem citar-se nesse sentido, entre outros, os acôrdos franco-belgas de 30 de maio de 1882 e de 4 de março de 1897, que regularam a transferência e o reembolso gratuitos dos depósitos feitos a título de economia nas caixas económicas dos dois países (*).

O primeiro tratado de trabalho bilateral verdadeiramente notável foi, porém, o tratado franco-italiano de 15 de abril de 1904, que regulou a situação dos operários franceses em Itália e dos operários italianos em França, quanto à *economia voluntária*, quanto a *aposentações operárias*, quanto a *desas-*

(*) Mahaim, *ob. cit.*, pag. 311 e 314; Conf. Valentini Fersini, *ob. cit.*, pag. 215 e seg.

tres do trabalho, e quanto à *falta de trabalho* ⁽¹⁾. Nestes ditos assuntos seguiu o tratado, em regra, o princípio da igualdade, embora com um desvio para a reciprocidade (contratação patronal para as reformas operárias, art. 1.º b) e outro para a incapacidade (subsídio orçamental para o mesmo efeito, art. cit.).

O tratado de 1904 foi seguido de uma série de acordos complementares — 15 de abril de 1904 e 20 de janeiro de 1906 (depósitos nas caixas económicas), 9 de junho de 1906 (desastres do trabalho), 15 de junho de 1910 (operários menores) e 9 de agosto de 1910 (aposentações operárias) ⁽²⁾ — que regularam a sua execução.

Embora com um objectivo mais restrito, outros tratados foram concluídos entre alguns Estados europeus nos anos que decorreram entre 1905 e 1913, como foram — o acôrdo franco-luxemburguês de 15 de abril de 1905, o acôrdo germano-luxemburguês de 2 de setembro de 1905, o acôrdo franco-belga de 21 de fevereiro de 1906, a convenção germano-neerlandesa de 27 de agosto de 1907, a convenção anglo-francesa de 3 de julho de 1909 e a convenção italo-húngara de 19 de setembro de 1909, sobre desastres do trabalho ⁽³⁾, e a convenção germano-italiana de 25 de março de 1913 sobre o seguro-desastres, o seguro-invalides e o seguro-velhice ⁽⁴⁾. Todos estes tratados seguiram, em regra, o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros.

Durante a grande guerra, a actividade diplomática abandona as questões do trabalho, mas, assinada a paz, retoma a sua tarefa, e logo em setembro de 1919 foram assinados dois tratados de trabalho, inspirados pela ideia de igualdade entre operários nacionais e operários estrangeiros: a convenção franco-polaca de 3, e o tratado franco-italiano de 30 desse mês.

A convenção franco-polaca, ao mesmo tempo que facilita e regula a *imigração e imigração operária*, estabelece a igualdade entre operários nacionais e estrangeiros quanto ao salário, quanto às leis de protecção do trabalho e quanto às indemnizações por desastres do trabalho ⁽⁵⁾.

O tratado franco-italiano, que também facilita a emigração operária, aplica amplamente aquele princípio de igualdade, sancionando-o quanto ao salário, quanto à protecção do trabalho, quanto a aposentações operárias, quanto aos desastres do trabalho, quanto à aquisição da pequena propriedade, quanto à falta de trabalho, quanto à assistência na doença e na

velhice, quanto à admissão às comissões de conciliação e de arbitragem e quanto à admissão às escolas de ensino público ⁽⁶⁾.

O tratado de trabalho franco-italiano é certamente o mais notável tratado de trabalho até hoje concluído, sendo digno de estudo e de imitação em muitas das suas disposições.

Resulta de tudo o que fica dito que os tratados de trabalho bilaterais se orientam decididamente no sentido da aceitação do princípio da igualdade entre operários nacionais e operários estrangeiros

c) *Leis internas*. A condição jurídica dos operários estrangeiros ainda hoje é regulada fundamentalmente pelas leis internas. Diremos, por isso, embora muito resumidamente, qual a orientação geral e tendências destas leis.

Como acontece com a imigração em geral, todos os Estados admitem, em princípio, a imigração operária. Isso não quer dizer, porém, que não haja Estados que restringam essa imigração, como na América têm feito os Estados Unidos, onde leis sucessivas proibiram a imigração de trabalhadores chineses e a lei de 20 de fevereiro de 1907 limitou apertadamente a entrada de imigrantes em geral, e na Europa fez a Inglaterra com o *Aliens act* de 11 de agosto de 1905, que, embora não vise directamente os trabalhadores estrangeiros, conduz a fazer uma certa selecção de imigrantes, devendo ser excluídos os indigentes, os inválidos, os alienados e imbecis, os criminosos sujeitos a extradição, e os expulsos ⁽⁷⁾.

Esta selecção de imigrantes não pode considerar-se contrária ao direito internacional, embora, quando praticada apenas contra os súbditos de determinado Estado, possa ser considerada como um acto pouco amigo e legitimar medidas de retorsão ⁽⁸⁾.

Mas, haja ou não haja restrições à sua entrada no território do Estado local, os operários estrangeiros aí admitidos têm, em princípio, o direito de *liberdade de trabalho* como os nacionais. É uma consequência natural do reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros. Poderá, num ou noutro ponto, ser limitada a liberdade de trabalho, mas o princípio é o reconhecimento dessa liberdade.

Também não há diferença entre nacionais e estrangeiros quanto às leis de protecção geral do trabalho, como horas de trabalho, admissão de menores e mulheres, segurança e higiene das oficinas, etc.. Pela sua índole de leis de policia do trabalho, abrangem naturalmente nacionais e estrangeiros ⁽⁹⁾.

Ainda o princípio de assimilação entre operários nacionais

(1) Mahaim, *ob. cit.*, pag. 317.

(2) Mahaim, *ob. cit.*, pag. 322 e seg.

(3) Mahaim, *ob. cit.*, pag. 345 e seg.

(4) *Revue Darras—de Lapradelle*, 1913, pag. 669.

(5) *League of nations, Treaty Series*, vol. 1, 1920, pag. 338.

(1) *Rivista di diritto internazionale*, XIII, pag. 407.

(2) Vide: Prato, *Le protectionisme ouvrier*, trad. de Bourgin, Paris, 1912, pag. 15 e seg.; Mahaim, *ob. cit.* pag. 32 e seg.; *Supra*, pag. 127, nota 1.

(3) Oppenheim, *ob. cit.*, pag. 314.

(4) Mahaim, *ob. cit.*, pag. 73 e seg.

e estrangeiros se mantêm, em geral, no que respeita ao *direito de associação* ⁽¹⁾. Aparece, porém, uma ou outra legislação que recusa esse direito aos operários estrangeiros, como é a lei alemã de 19 de abril de 1908, ⁽²⁾ e é freqüente os operários estrangeiros serem excluídos, no todo ou em parte, dos corpos gerentes das associações operárias, principalmente dos sindicatos operários ou associações de classe, como acontece com a lei francesa de 21 de março de 1920, relativa aos sindicatos profissionais, com a lei belga de 23 de junho de 1920, relativa às associações de socorros mútuos, ⁽³⁾ e com o decreto português de 9 de maio de 1891, relativo às associações de classe.

Aparecem, porém, diferenças sensíveis entre as legislações quanto aos *seguros operários*.

Assim, quanto aos *desastres do trabalho*, as legislações, seguindo embora, com excepção apenas da lei russa de 15 de junho de 1903, o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros quanto às *vítimas* dos desastres, formam três grupos quanto aos *representantes* dos operários estrangeiros. As legislações do primeiro grupo, ao qual pertencem a Áustria, a Grécia, a Noruega, a Dinamarca e Portugal, recusam qualquer indemnização aos representantes de um operário estrangeiro quando eles não residam no território do Estado ⁽⁴⁾. As do segundo grupo, ao qual pertencem a Alemanha, a França, a Hungria, o Luxemburgo e a Rússia, seguem o princípio da *reciprocidade*, que a citada lei russa aplica às próprias vítimas dos desastres ⁽⁵⁾. As do terceiro grupo, onde estão a Bélgica, a Espanha, a Holanda, a Inglaterra, a Itália e a Suíça, não estabelecem diferença alguma entre nacionais e estrangeiros ⁽⁶⁾.

E o mesmo acontece quanto às *aposeições operárias*, a respeito das quais, se há legislações, como a portuguesa ⁽⁷⁾ e a da Nova Zelândia ⁽⁸⁾, que equiparam os estrangeiros aos nacionais, há outras, como a inglesa, que excluem inteiramente os estrangeiros ⁽⁹⁾, e outras, como a francesa ⁽¹⁰⁾, que privam os estrangeiros do benefício orçamental com que o Estado concorre para as aposentações operárias.

Desta ligeira referência às leis internas, vê-se como estas leis, aceitando embora, muitas vezes, o princípio da igualdade

(1) Mahaim, ob. cit., pág. 170.

(2) Ob. cit., pág. 170.

(3) Ob. cit., pag. 172 e seg.

(4) Ob. cit., pág. 106; Dec. n.º 5637, de 10 de maio de 1919, art. 24.º, § 1.º.

(5) Mahaim, ob. cit., pág. 108.

(6) Ob. cit., pág. 117.

(7) Dec. n.º 5638 de 10 de maio de 1910, art. 1.º, 2.º e 3.º.

(8) Lei de 4 de agosto de 1908, no *Annuaire de la législation du travail*, 1908, pág. 701.

(9) Mahaim, ob. cit., pag. 152.

(10) Ob. cit., pag. 158.

entre nacionais e estrangeiros, muitas vezes consagram também o princípio da incapacidade e o princípio da reciprocidade, o que, junto ao facto de, em alguns Estados, as leis operárias ainda serem muito incompletas, mostra a necessidade do desenvolvimento da legislação internacional do trabalho e da celebração de tratados que definam com precisão a condição jurídica dos operários estrangeiros, havendo um ponto em que algumas leis nacionais precisam evidentemente de introduzir uma disposição da maior justiça. É no que se refere às indemnizações ou pensões de seguro que devem ser concedidas aos operários estrangeiros. Desde que estes são admitidos a trabalhar, não há razão nenhuma para que o seu trabalho não tenha as mesmas compensações que o trabalho dos nacionais.

47 — A condição jurídica dos estrangeiros nos Estados de civilização não europeia e que ainda não assimilaram os elementos fundamentais desta civilização, é informada por princípios diferentes daqueles que a informam nos Estados de civilização europeia.

Nestes últimos Estados, a condição dos estrangeiros é dominada pelo princípio do reconhecimento da sua personalidade jurídica e pelo princípio da sua sujeição às autoridades e tribunais do Estado local, nos mesmos termos em que a eles estão sujeitos os súbditos locais, embora a certos respeito lhes devam ser aplicadas as leis do seu país, segundo as regras de conflitos de leis que o costume internacional, tratados normativos ou as leis locais hajam estabelecido.

Nos Estados de civilização não europeia, a condição jurídica dos estrangeiros é definida pelo chamado *regime das capitulações* ⁽¹⁾, o qual é caracterizado, fundamentalmente, pelos dois princípios da personalidade das leis e da personalidade das jurisdições, encontrando-se os estrangeiros sujeitos, salvo num ou noutro caso excepcional, às autoridades e às leis do seu país.

Como nota Pagés ⁽²⁾, referindo-se aos Estados otomanos, os estrangeiros não pretendem ser tratados, nesses Estados, como os indígenas; pretendem pelo contrário a isenção do arbitrio da autoridade local, a conservação das suas leis e das suas jurisdições e o reconhecimento de uma situação excepcional e privilegiada em relação aos súbditos do Estado local.

O regime das capitulações, baseado assim num princípio de *separação* entre nacionais e estrangeiros, serve o duplo destino de assegurar aos estrangeiros o gozo dos direitos reconhecidos pela sua própria legislação, como a liberdade pessoal, a

(1) Vide: Déliésié du Rausas, *Le regime des capitulations dans l'empire ottoman*, Paris, 1910 e 1912; Oppenheim, ob. cit., vol. I, pag. 497 e seg.; Bonfils-Fauchille, ob. cit., n.ºs 357, 777 e 902; Nys, ob. cit., vol. II, pag. 460 e seg.; Edwin Borchard, ob. cit., pag. 431 e seg.; Lainé ob. cit., I, pag. 60.

(2) Citado por Weiss, ob. cit., pág. 354.

liberdade de estabelecimento, a liberdade de trânsito, a liberdade de comércio, a liberdade religiosa e a inviolabilidade do domicílio, e de os isentar da acção das leis e das jurisdições locais, para tornar aplicáveis as leis nacionais e atribuir competência às jurisdições do seu país. O regime das capitulações representa, em última análise, um regime jurídico de reconhecimento aos estrangeiros dos direitos públicos suficientes para garantia da liberdade individual, e de reconhecimento da personalidade das leis e das jurisdições na medida necessária para a constituição e garantia das relações jurídicas de direito privado, e para a administração da justiça civil e criminal.

É aos agentes diplomáticos e consulares que está confiada a defesa dos direitos dos estrangeiros consignados nas capitulações e são os tribunais consulares que, em geral, administram justiça aos estrangeiros, embora, em alguns casos, com restrições em favor das justiças locais e, em alguns países, em concorrência com jurisdições mistas, como acontece no Egipto.

O regime das capitulações é, no conceito fundamental que o domina, uma forma do *sistema da personalidade das leis*, que foi o sistema geral da Europa na primeira metade da idade média e que consiste em permitir que se governem pelas suas próprias leis os povos de raça diversa que vivem dentro do mesmo Estado.

Semelhante sistema é sempre, na sua origem, o produto de um estado social particular, caracterizado pela *idea de exclusivismo jurídico* por parte da raça detentora do poder político e pela *idea de protecção jurídica* dos individuos de outras raças que vivem dentro do território do Estado. Se os estrangeiros, por um lado, não podem participar da comunidade jurídica da raça politicamente dominante e se, por outro lado, elles não devem ficar fora da protecção do direito, a consequência é que ou para elles há de ser constituído um direito próprio, como, a princípio, foi em Roma o *jus gentium*, que era o direito dos estrangeiros, derivado em grande parte das leis estrangeiras, ou elles não de reger-se pelas leis da sua raça ou da sua origem, como aconteceu na Europa bárbarica, e tem acontecido no império otomano com o regime das capitulações.

Mas, se o sistema das leis pessoais supõe uma idea de exclusivismo jurídico, supõe também a concepção do Estado como instituição destinada mais a defender os interesses de um povo-raça do que os interesses do povo que vive dentro de um território, sendo por isso incompatível com a concepção moderna do Estado como instituição destinada a organizar e governar com leis próprias a população que vive num determinado território.

Foi fundamentalmente um estado social com os caracteres que ficam sinalados que determinou o aparecimento do regime das capitulações no império otomano no século XVI, donde elle

irradiou mais tarde para outros Estados de caracteres semelhantes.

Naquele império, o direito mussulmano tinha a feição do exclusivismo religioso, baseando-se a comunidade jurídica na doutrina do Kohran, e só podendo por isso proteger os crenes da religião maometana. Os cristãos ficavam naturalmente fora dessa comunidade jurídica, e daí tanto o natural interesse de os Estados cristãos conseguirem a conclusão de tratados tendentes à protecção dos seus nacionais, como a facilidade de a Sublime Porta reconhecer em favor destes o sistema da personalidade das leis.

O regime das capitulações, de que se encontram precedentes históricos nas cartas concedidas no Oriente, a partir do século X, pelos soberanos locais aos cristãos e às cidades comerciais do Mediterrâneo ocidental (1), foi primeiro estabelecido no tratado franco-turco de fevereiro de 1555, dividido em dez artigos ou *capitulos*, que deram o nome ao regime, o qual, sendo ao mesmo tempo um tratado de comércio e um tratado de estabelecimento, reconheceu aos franceses a liberdade de comércio, a liberdade individual e a liberdade religiosa, reconheceu ao rei de França o direito de nomear cônsules em todas as cidades do império otomano, e reconheceu a competência destes cônsules para julgar os franceses em matéria civil, e para os processar e julgar em matéria penal, sempre em harmonia com a lei francesa.

A capitulação francesa, renovada e desenvolvida em 1581, 1597, 1604, 1673 e 1740, foi seguida da capitulação veneziana em 1540, da inglesa em 1583, da holandesa em 1613, da austriaca em 1718, da sueca em 1737, da siciliana em 1740, da prussiana em 1761, da espanhola em 1782, da russa em 1783, da toscana em 1747, da dinamarquesa em 1756, da norte-americana em 1830, da belga em 1838, da portuguesa em 1643, e da grega em 1855 (2), de modo que o regime se generalizou e abrangeu directamente os súditos de quasi todos os Estados cristãos. E, onde o regime das capitulações não chegou directamente, chegou indirectamente, mediante o *direito de protecção* concedido à França pela primeira vez na capitulação de 1581, segundo a qual os súditos dos Estados cristãos poderiam participar, por intermédio dos cônsules franceses, dos benefícios concedidos aos súditos do rei de França. Tornou-se assim o regime das capitulações o regime geral da condição dos cristãos estrangeiros no império otomano.

Deste império irradiou o sistema, mediante tratados, para outros Estados de civilização não europeia, onde os estrangeiros

(1) Péliassé du Raugas, ob. cit., tomo I, pág. 9.

(2) Aut. cit., ob. cit., pág. 22 e segs.; Bonfils-Fauchille, ob. cit., n.º 901 e segs.; Nys, ob. cit., pág. 460 e segs.

não encontravam a indispensável protecção jurídica, como Marrocos, Sultanato de Zanzibar, Pérsia, Sião, China, Corea e Japão (*). A progressiva aproximação entre os Estados cristãos e estes últimos Estados determinou a celebração de uma série de tratados, que, com o nome de tratados de paz, amizade e comércio, eram verdadeiros tratados de estabelecimento, em que aos nacionais dos Estados cristãos foram reconhecidas a liberdade individual, a liberdade de comércio e a liberdade religiosa, e em que foi atribuída aos cônsules competência para julgar os pleitos dos seus nacionais (**).

O regime das capitulações, produto como foi de condições sociais particulares, teria naturalmente de modificar-se à medida que essas condições se fôsses modificando, que é o mesmo que dizer, à medida que o direito fôsse perdendo o seu *exclusivismo personalista*, para assumir a feição de *generalidade territorial*, de modo que os estrangeiros encontrassem uma protecção eficaz dentro da ordem jurídica dos Estados onde se encontrassem.

Assim aconteceu e vai acontecendo, com efeito. A Turquia, depois de ter *secularizado* o seu direito e de ter organizado a justiça, a administração e a policia, de modo a considerar-se autorizada a proclamar a desnecessidade das capitulações, formulou oficialmente a questão da abolição do regime capitular no congresso de Paris de 1856 (†). O congresso, porém, se bem que admitisse a Turquia no concerto europeu (†), não acordou na abolição das capitulações, que continuaram a ser applicadas como anteriormente.

Em 9 de setembro de 1914, pouco depois portanto do começo da grande guerra, a Sublime Porta declarou extintas as capitulações, a partir do dia 1 de outubro do mesmo ano (‡), por um acto unilateral, o qual não foi, porém, reconhecido pelas potências, as quais, no tratado de Sévres, consideraram as capi-

(*) Vide: Tratado entre Portugal e Marrocos, de 11 de janeiro de 1777, entre Portugal e o Sião, de 10 de fevereiro de 1859, entre Portugal e o Japão, de 3 de agosto de 1860, entre Portugal e o Sultanato de Zanzibar, de 25 de outubro de 1879, e entre Portugal e a China, de 1 de dezembro de 1887 (*Colecção de tratados* de Borges de Castro, tom. III, pág. 212; *Nova Colecção de tratados*, tom. I, pág. 189 e 249, tom. V, pág. 317, e tom. VII, pág. 311); Weiss, ob. cit., pág. 694; Nys, *Le droit international*, 2.ª ed., II, pág. 467; Bonfils-Fauchille, 6.ª ed., n.ºs 902 e seg.).

(†) É curioso notar que o regime das capitulações foi estabelecido nas relações entre a Turquia e a Pérsia pelo tratado de 15 de dezembro de 1873, moldado pelos tratados existentes entre os dois Estados e os Estados cristãos. Foi o primeiro, se não é o único, tratado que estabeleceu o regime das justias consulares entre dois Estados que admitem ambos o regime das capitulações, (Bonfils-Fauchille, ob. cit., n.º 791).

(‡) Péliissié du Raugas, ob. cit., I, pág. 101 e seg.

(§) Tratado de Paris de 30 de março de 1856, art. 7.º.

(¶) *Revue-Fauchille*, 1913, *Documents*, pág. 139 e 140.

tulações subsistentes, como se vê do artigo 136.º, assim redigido: «Dentro dos três meses seguintes à entrada em vigor deste tratado, será constituída uma comissão composta de quatro membros, nomeados respectivamente pela França, Inglaterra, Itália e Japão, para preparar, com o concurso de peritos técnicos das outras potências capitulares, aliadas ou neutras, que serão convidadas a nomear cada uma seu perito, um projecto de reforma judiciária destinado a substituir o regime actual das capitulações em matéria judiciária. Esta comissão poderá recomendar, depois de haver consultado o Governo otomano, quer um regime mixto, quer um regime unificado.

«O projecto preparado pela comissão será submetido aos Governos das potências aliadas ou neutras interessadas. Logo que o projecto seja aprovado pelas principais potências aliadas, estas notificá-lo hão ao Governo otomano, que desde já se compromete a aceitar o novo regime.

«As principais potências aliadas reservam-se o direito de entre si acordarem, ouvindo, se assim entenderem conveniente, as outras potências aliadas ou neutras interessadas, acêrca da época da entrada em vigor do novo regime».

Dentro de breve, portanto, o regime das capitulações será substituído na Turquia, que foi o seu ponto de irradiação, ou por justias mixtas ou por justias territoriais.

Mas, se o regime das capitulações ainda persiste no Império otomano, tem sido naturalmente abolido nos territórios desanexados dêsse império para serem encorporados em Estados de civilização europeia e que não admitem portanto o regime da jurisdição consular (†), bem como tem sido abolido ou modificado já nos Estados autónomos ou protegidos constituídos nos territórios desanexados da Turquia, já em Estados com as quais o regime foi estabelecido à semelhança do existente com a Turquia. Assim, o regime foi abolido: na Ruménia, Sérvia, Montenegro e Bulgária, por efeito do tratado de Berlim de 1878, que emancipou definitivamente da Turquia os três primeiros Estados e, constituindo a Bulgária em Estado vasallo da Porta, previu o desaparecimento das capitulações mediante a introdução de reformas e a celebração de tratados, como os mesmos Estados pouco e pouco concluíram; na Tunísia, depois de aí ser estabelecido o protectorado da França, reconhecido pela Turquia no artigo 120.º do Tratado de Sévres, com efeito retroactivo até 12 de maio de 1881, data do seu estabelecimento; no sultanato de Zanzibar, pelo estabelecimento, em 1890, do protectorado inglês sobre este sultanato (‡); no Japão, por virtude de uma série de tratados concluídos com as

(†) Vide Nys, ob. cit., pág. 470.

(‡) Bonfils-Fauchille, ob. cit., n.º 183; carta de lei de 28 de fevereiro de 1907.

potências, que entraram em vigor em 17 de julho de 1899 e que aboliram o regime das justiças consulares ⁽¹⁾; em Marrocos, tanto no protectorado francês, como na zona de influência espanhola, por virtude do acôrdo franco-cherifiano de 30 de março de 1912 e do acôrdo franco-espanhol de 4 de novembro de 1912 ⁽²⁾; e na Coreia, por virtude da anexação dêste Estado ao Japão, pelo tratado de 22 de agosto de 1910 ⁽³⁾. E abolido se deve considerar também, por virtude do tratado de Sévres: na cidade e termo de Smirna, tendo sido transferido para a Grécia o exercício dos direitos de soberania que aí exercia a Turquia, transferência que é certamente o preliminar de uma anexação à Grécia (art. 69.º e 83.º); em Imbros e Tenedos e nas outras ilhas do Mediterrâneo oriental que foram anexadas à Grécia (art. 84.º); e na Arménia, constituída em Estado independente (art. 88.º), logo que ela se organize em harmonia com as indicações das potências (art. 93.º).

Noutros Estados, foi o regime modificado, o que aconteceu no Egito e no Sião.

No Egito, a justiça consular própria do regime das capitulações foi substituída, em grande parte, por *tribunais mixtos*, compostos de juizes indígenas e estrangeiros, criados pela reforma judiciária de 16 de setembro de 1875 e em exercício desde 15 de fevereiro de 1870. Mas o que resta das capitulações no Egito e os próprios tribunais mixtos devem ter os seus dias contados, em face do art. 101.º do tratado de Sévres, assim redigido: «A Turquia renuncia a todos os seus direitos e títulos sobre o Egito. Esta renúncia terá efeito a contar de 5 de novembro de 1914. A Turquia declara que, em harmonia com o procedimento das potências aliadas, reconhece o protectorado sobre o Egito, declarado pela Inglaterra em 18 de dezembro de 1914». É a consagração final do protectorado inglês no Egito, o qual conduzirá à eliminação das justiças consulares e mistas. É a lógica dos precedentes constituídos pelos protectorados franceses na Tunísia e em Marrocos e pelo protectorado inglês em Zanzibar.

No Sião, o regime das justiças consulares, que havia sido estabelecido por uma série de tratados concluídos com os Estados de civilização europeia, foi já substituído, nas relações com a França e com a Inglaterra ⁽⁴⁾, por *tribunais internacionais*, que são compostos por juizes siameses, com a assistência do

⁽¹⁾ Bonfils-Fauchille, ob. cit. n.º 42; Tratado entre Portugal e o Japão, de 26 de janeiro de 1897, art. 19 (*Nova coleção de tratados*, x, pág. 165).

⁽²⁾ Decretos n.º 355, de 9 de março de 1914, e n.º 4.100, de 16 de abril de 1918.

⁽³⁾ Bonfils-Fauchille, ob. cit., n.º 791.

⁽⁴⁾ Vide: De Morteus, *N. R. G. T.*, 2.ª série, tom. x, pág. 570, xxxii, pág. 130, e 3.ª série, tom. II, pág. 38 e 683. Conf: *Clunet*, 1900, pág. 468; *Revue-Fauchille*, xv, pág. 24.

cônsul inglês ou francês ou de um delegado seu, e portanto são verdadeiramente tribunais siameses. É claramente o prenúncio da abolição do regime capitular, abolição já prevista no tratado com a Inglaterra, de 10 de março de 1909, art. 5.º, e que deve vir breve, dadas, por um lado, as reformas legislativas que o Sião há muito prepara, tomando por base os códigos europeus ⁽¹⁾, e dado, por outro lado, o facto de as potências aliadas e associadas terem imposto à Alemanha ⁽²⁾, à Austria ⁽³⁾ e à Hungria ⁽⁴⁾ a renúncia ao direito de jurisdição consular no Sião, facto que não pode deixar de significar um entendimento entre as potências aliadas e associadas e o Sião no sentido da abolição das justiças consulares.

Das considerações feitas e dos factos apontados, resultam, segundo cremos, as seguintes conclusões: a) O regime das capitulações, que foi a consequência de uma concepção *exclusivista* do direito, fica sem razão de ser, e por isso deve desaparecer, nos Estados que integram os estrangeiros na ordem jurídica territorial; b) a abolição do regime capitular é uma consequência lógica nos territórios ou Estados anexados a Estados que praticam o princípio da territorialidade das jurisdições, como são os Estados de civilização europeia, bem como o parece ser nos Estados de justiças consulares sobre os quais é estabelecido o protectorado de um Estado que adopta o referido princípio da territorialidade das jurisdições ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Bonfils-Fauchille, ob. cit., n.º 791.

⁽²⁾ *Tratado de Versailles*, art. 135.º.

⁽³⁾ *Tratado de Saint Germain*, art. 110.º.

⁽⁴⁾ *Tratado do Trianon*, art. 94.º.

⁽⁵⁾ Vide Nys, ob. cit., pág. 470.

§ III

Direitos dos estrangeiros em Portugal

SUMÁRIO. 48 — Introdução histórica. 49 — Os estrangeiros e os direitos políticos. 50 — Os estrangeiros e os direitos públicos não políticos. A igualdade como princípio geral. Limitações: a) liberdade de entrar e residir em território português; b) liberdade de trabalho, comércio e indústria; c) liberdade de reunião; d) liberdade de associação; e) liberdade de imprensa; f) liberdade de consciência e cultos; g) liberdade de ensinar e aprender; h) direito de acção. 51 — Os estrangeiros e os direitos privados. Equiparação entre nacionais e estrangeiros. Desvios da equiparação no sentido das incapacidades, no sentido da reciprocidade, e no sentido da igualdade condicionada. 52 — Limite da equiparação entre nacionais e estrangeiros. 53 — Condição dos operários estrangeiros.

48 — As leis portuguesas traduzem, na regulamentação da condição jurídica dos estrangeiros, os princípios gerais que vigoram na comunidade dos Estados civilizados. Os traços fundamentais do nosso direito sobre o assunto são os seguintes: *recusa* aos estrangeiros dos direitos políticos; *equiparação* entre nacionais e estrangeiros, como *regra*, em matéria de direitos públicos não políticos e de direitos privados, com restrições, quer insignificantes, quer exigidas pela defesa dos interesses políticos e económicos do Estado.

Pertence, pois, Portugal aos Estados, que são já o maior número, que estabelecem como princípio a igualdade entre nacionais e estrangeiros, quanto aos direitos que a estes são necessários ou úteis para, com eficaz segurança, poderem exercer a sua actividade jurídica.

Esta feição liberal do direito português no tratamento dos estrangeiros era já característica das nossas leis em épocas em que, em outros Estados, a sua situação jurídica era muito precária (1).

(1) As razões da feição benévola do direito histórico português para com os estrangeiros foram assim formuladas pelo Dr. Guimarães Pedrosa, na *Introdução ao estudo do direito internacional privado*: «o auxílio prestado por cavaleiros e frotas nas conquistas dos primeiros reis portugueses sobre os mouros; o ardor religioso-militar da época em serviço de uma causa comum — a luta contra aos infiéis; a falta de braços e de indústrias no reino; o adiamento comparativo das outras nações europeias; e também, por certo, a índole do povo deste canto da península, pois que, em circunstâncias mais ou menos semelhantes, nenhum outro Estado tratou talvez os estrangeiros com igual favor» (pág. 162).

É assim que em Portugal nunca existiram o direito de *albinágio* (1), o direito de *destracção* (2), o direito de *naufrágio* (3),

(1) O direito de *albinágio*, que foi uma consequência do feudalismo, e que era o direito de os senhores feudais e os reis sucederem aos estrangeiros, os quais, quando tal direito foi exercido na sua maior extensão, não podiam testar nem adquirir por testamento. Com o andar do tempo, o direito de *albinágio* atenuou-se no direito de *destracção*, ou o direito apenas a uma percentagem da herança, percentagem fixada em alguns tratados em 5/10 do *capitai*. Na história do nosso direito não aparece traço algum da existência do direito de *albinágio* e do direito de *destracção*, e por isso, com rigor lógico, Melo Freire emitiu a opinião, seguida por Coelho da Rocha, pelo Dr. Guimarães Pedrosa e pelo Dr. Marnoco e Sousa, de que tais direitos nunca existiram em Portugal (Vide: Melo Freire, *Instituições juris civilis lusitani*, liv. II, tit. II, § 11.º; Coelho da Rocha, *Instituições do direito civil português*, § 205.º; Dr. Guimarães Pedrosa, ob. cit.; Dr. Marnoco e Sousa, *História das instituições do direito romano, peninsular e português*, 1904-1905, pág. 544).

Contra a opinião de que, em Portugal, não existiram o direito de *albinágio* e o direito de *destracção*, poderia dizer-se que o Governo português celebrou com diversas potências tratados sobre a abolição recíproca daqueles direitos, como foram os tratados: com a França, de 21 de abril de 1778 (Borges de Castro, *Colecção de tratados*, III, pág. 292); com a Sardenha, de 11 de Setembro de 1787 (ob. cit., vol. cit., pág. 420); com a Rússia, de 20 de dezembro de 1787 (ob. cit., vol. cit., pág. 428); com o Reino das duas Sicílias, de 31 de maio de 1819 (ob. cit., V, pág. 446); com a Bélgica, de 30 de março de 1844 (ob. cit., VI, pág. 554); e com os principados de Waldeck e Pyrmont, de 21 de fevereiro e 5 de maio de 1845 (ob. cit., vol. VII, págs. 56 e 62); o que parece significar que os direitos de *albinágio* e de *destracção* eram praticados em Portugal. Como, porém, nota o Dr. Guimarães Pedrosa (ob. cit., pág. 162, nota), o argumento deixa de ter valor, desde que se atenda a que os tratados podiam ter por fim evitar, por um lado, que tais direitos fossem exercidos contra os portugueses que se encontrassem nos territórios dos Estados contratantes e, por outro lado, que Portugal usasse do direito de retorsão, como lhe era permitido. E que os direitos de *albinágio* e de *destracção* não foram praticados em Portugal, resulta dos tratados com a Rússia e com o Reino das Duas Sicílias, onde se lê: a) «Ainda que o direito *d'Aubaine* (direito de *albinágio*) se não ache estabelecido nos Estados das duas Altas Partes Contratantes, contudo Suas Magestades, querendo prevenir toda a qualquer dúvida a este respeito, conviera entre ambas reciprocamente, que os bens móveis ou imóveis, que pela morte de algum de seus vassallos respectivos ficarem nos Estados da outra Potência Contratante, pertencerão sem o menor obstáculo aos seus legítimos herdeiros, ou testamento, ou *ab intestato*...» (Tratado com a Rússia, art. 38.º); b) «O abaixo assinado, enviado extraordinário e ministro plenipotenciário de Sua Magestade Fidelíssima junto de Sua Magestade El-Rei do Reino das Duas Sicílias, em virtude de autorização que recebeu da sua Corte, declara que o direito conhecido debaixo da denominação de *jus detractilis et census emigrationis*, não sendo percebido no Reino Unido de Portugal e do Brasil, os súbditos de Sua Magestade El-Rei do Reino das Duas Sicílias não ficarão a elle sujeitos, ainda mesmo que, no caso de sucessão, legado, doação, renda, emigração ou outro, tenha lugar a transmissão de bens do Reino das Duas Sicílias para os Estados de Sua Magestade Fidelíssima, ou destes últimos para os Estados de Sua Magestade Silciana». (Tratado com o Reino das Duas Sicílias, preâmbulo)

(2) O direito de *naufrágio* consistia no poder de os senhores e os reis se apoderarem das pessoas e das coisas naufragadas no mar e no rio, representando claramente uma revelação da recusa de protecção legal aos estrangeiros.

e o direito de *represálias* (1), que foram na idade média e ainda em tempos modernos praticados em diferentes países e que representavam sérias restrições da capacidade jurídica dos estrangeiros.

Vejamos, pois, qual seja no momento actual aquela regulamentação, como ela resulta das leis em vigor.

49—1—*Direitos políticos.* Como já foi dito, os estrangeiros não gozam em Portugal de direitos políticos.

Não existe um texto de lei de carácter geral onde se formule *directamente* este princípio. Existe, porém, um texto donde êle resulta, *indirectamente* sim, mas com clareza. E' o artigo 3.º do decreto de 2 de dezembro de 1910, relativo à naturalização, assim redigido: «O estrangeiro naturalizado não poderá exercer funções públicas de qualquer natureza nem exercer funções de direcção ou fiscalização em sociedades ou outras entidades dependentes do Estado por contrato ou por êle subsidiadas, enquanto não decorrerem cinco anos, pelo menos, após a data da naturalização». Em verdade, se o estrangeiro naturalizado português só pode exercer funções públicas, isto é, exercer direitos políticos, passados cinco anos depois da naturalização, é evidente que o estrangeiro não naturalizado *nunca* as pode exercer.

A par com este preceito genérico, existem preceitos especiais que ou expressamente excluem os estrangeiros do exercício de determinados direitos políticos, ou implicitamente indicam essa exclusão.

Em Portugal também não aparecem sinais dêste direito, e, antes, uma lei de Afonso II, feita nas côrtes de Coimbra de 1211, determinou que os bens dos naufragos não poderiam ser ocupados em proveito do fisco ou de qualquer, devendo ser restituídos a seus donos, mediante as despesas que houvessem sido feitas, sob penas rigorosas para os que assim não procedessem, dizendo a própria lei — «cá sem razom parece aquelle, que he atormentado dar-lhe homem outro tormento». Esta lei foi adoptada por D. Fernando e por D. João I, passando para a Ord. Af. (liv. II, lit. 32). E ainda passou para a Ord. Man., liv. II, lit. 22, mas com duas modificações, determinando esta ordenação que a lei não fôsse aplicada quando se tratasse de navios de infelís, inimigos da fé cristã e que não fossem súbditos portugueses, ou de outras pessoas com que houvesse guerra, ou de corsários que *andassem a toda a roupa*. E, com as mesmas modificações, aparece a referida lei na Ord. fil., livro II, título 32 (Vide: Dr. Guimarães Pedrosa, ob. cit., págs. 165 e 164, nota 38; Dr. Marnoco e Sousa, ob. cit., pág. 347).

(1) O direito de *represálias* era o poder, concedido pelo Governo a um nacional, de capturar a pessoa e se apoderar dos bens de estrangeiros súbditos de um Estado onde o mesmo nacional tivesse sofrido alguma ofensa, sem ter podido conseguir a devida satisfação. Também não há sinais de o direito de *represálias* ter sido praticado entre nós.

Nem tão pouco parece ter sido praticado o *direito de retorsão* em matéria de successões, denegando-se aos estrangeiros em Portugal o que no seu país fosse denegado aos portugueses, embora Lobão afirme a legitimidade do exercício dêsse direito (Vide: Dr. Guimarães Pedrosa, ob. cit., pág. 163; Lobão, *Notas de uso pratico*, tom. II, 1856, pág. 29).

Como preceitos do primeiro grupo, podemos indicar os seguintes: 1.º) Constituição política, art. 39.º e 47.º, n.º 1.º, que exclui os estrangeiros da presidência da República e da nomeação para ministros; 2.º) código eleitoral, de 3 de julho de 1913, art. 1.º, que os exclui do direito de voto; 3.º) Constituição, art. 8.º, combinada com o código eleitoral, art. 1.º e 4.º, que os excluem do direito de ser deputados, senadores e vogais dos corpos administrativos; 4.º) decretos de 24 de outubro, art. 12.º, e de 29 de novembro, art. 2.º, de 1901, que os excluem da magistratura do ministério público e dos cargos de oficiais de justiça; 5.º) decreto de 14 de setembro de 1900, art. 7.º, que os exclui do notariado; 6.º) regulamento consular de 7 de março de 1920, art. 23.º, que os exclui de ser cônsules ou vice-cônsules de 1.ª classe; 7.º) decreto de 26 de maio de 1911, art. 69.º, que os exclui da admissão aos quadros do ministério dos negócios estrangeiros.

Como preceitos do segundo grupo, devem considerar-se todos aqueles que, indicando as condições de admissão ao concurso para o provimento de empregos públicos, exigem quer a declaração da *naturalidade*, como faz, por exemplo, o regulamento do registo predial de 20 de janeiro de 1898, art. 25.º, relativamente ao concurso dos conservadores, quer a apresentação de documento que prove o *cumprimento das leis do recrutamento militar*, exigência quasi constante nas leis reguladoras de concursos. (1) Em verdade, a indicação da naturalidade parece ter por fim verificar se o concorrente é ou não cidadão português, dada a relação que a nossa lei estabelece entre a nacionalidade e o lugar do nascimento (Cód. civil, art. 18.º), e a exigência de documento comprovativo de haver satisfeito à lei do recrutamento militar mostra que o legislador teve em vista que apenas os cidadãos portugueses podem ir ao concurso, pois só os cidadãos portugueses estão sujeitos ao serviço militar (Constituição, art. 68.º; regulamento de 25 de agosto de 1911, art. 2.º, 51.º, n.º 7.º, 58.º, n.º 5.º, e 156.º, n.º 2.º).

Em face do artigo 3.º do decreto de 2 de dezembro de 1910, em face da grande série de diplomas que expressamente exigem a qualidade de cidadão português para a admissão ao exercício de cargos públicos, em face dos diplomas que estabelecem como condição de admissão aos concursos a apresentação de documento provando a naturalidade ou o cumprimento da lei militar, e em face do silêncio do legislador acêrca da concessão de direitos políticos aos estrangeiros, quando é certo

(1) Vide, por exemplo, o decreto de 24 de dezembro de 1892, que regulou o concurso dos empregados das administrações de concelho, dos corpos administrativos, dos estabelecimentos, institutos e corporações de piedade ou beneficência subsidiados ou fiscalizados pelo Estado (art. 2.º).

que lhes concedeu expressamente os direitos públicos não políticos (Constituição, art. 3.º), e os direitos privados (Cód. civil, art. 26.º; Cód. com., art. 7.º), não pode haver dúvida de que a doutrina é que os estrangeiros não gozam de direitos políticos em Portugal.

A recusa aos estrangeiros do gozo de direitos políticos não é, porém, absoluta. Tem, do nosso conhecimento, dois limites de algum valor: um na lei n.º 277, de 15 de agosto de 1914, que é a lei orgânica da administração civil das províncias ultramarinas, e nas cartas orgânicas que, fundado na autorização que lhe foi concedida por aquela lei, o Governo publicou para quasi todas as colónias; e outro no regulamento consular.

Consiste o primeiro no direito reconhecido aos estrangeiros de serem eleitores dos corpos administrativos das colónias e elegíveis para esses corpos.

A base 44.ª anexa à lei de 1914 declarou eleitores dos corpos administrativos os estrangeiros que tenham, pelo menos, dois anos de residência habitual na colónia, e reconheceu a sua elegibilidade para os mesmos corpos, nestes termos: «Nas circunscções em que o número de estrangeiros e os interesses por eles geridos assim o recomendem, serão também elegíveis para os corpos administrativos os cidadãos estrangeiros com cinco anos, pelo menos, de residência habitual na colónia e que saibam ler e escrever o português. Os eleitos desta categoria não poderão ser mais do que um para os corpos de três membros, e de dois para os de cinco ou mais». Estes princípios da lei orgânica de 1914 foram reproduzidas na base 46.ª anexa ao decreto n.º 7008, de 9 de outubro de 1920 (1), pelo qual o Governo, usando da autorização que lhe foi conferida pelo artigo 21.º da lei n.º 1022, de 20 de agosto do mesmo ano, codificou num diploma único as leis orgânicas da administração civil e financeira das colónias, e foram applicados pelas cartas orgânicas das colónias do modo seguinte: 1.º) a carta orgânica de Cabo Verde, aprovada pelo decreto n.º 3108 B, de 25 de abril de 1917, e a carta orgânica da Guiné, aprovada pelo decreto n.º 3168, de 31 de maio de 1917, declaram eleitores os estrangeiros com dois anos de residência na colónia e elegivel para as câmaras municipais da província um vogal entre os estrangeiros com cinco anos de residência, que estejam inscritos na matriz predial como contribuintes e que tenham na província interesses materiais ligados ao comércio ou industria próprios e que saibam ler e escrever o português (carta de Cabo Verde, art. 189.º e 191.º; carta da Guiné, art. 215.º e 218.º);

(1) Importa notar que o decreto n.º 7008 introduziu uma alteração de alguma importância, a qual consiste em que, emquanto, pela lei de 1914, bastava que, para ser eleitor, o estrangeiro soubesse ler e escrever, pelo decreto é necessário que saibam ler e escrever *português*.

2.º) a carta orgânica da Índia, aprovada pelo decreto n.º 3266, de 27 de julho de 1917, consigna a mesma doutrina, apenas com a diferença de não exigir para os elegíveis a sua inscrição na matriz predial como contribuintes (art. 210.º e 211.º, § 1.º); 3.º) a carta orgânica de S. Tomé e Príncipe, aprovada pelo decreto n.º 3285, de 11 de agosto de 1917, apenas reconhece aos estrangeiros o direito de serem eleitores (art. 178.º); 4.º) a carta orgânica de Timor, aprovada pelo decreto n.º 3309, de 25 de agosto de 1917, reconhece-lhes o direito de serem eleitores e o direito de serem elegíveis na razão de um para três e de dois para cinco, mas a elegibilidade dos estrangeiros ficou dependente de resolução do governador, com nota afirmativa do conselho de governo, além de só poder ter lugar depois de cinco anos de residência (art. 198.º e 201.º); 5.º) a carta orgânica de Macau, aprovada pelo decreto n.º 3520, de 5 de novembro de 1917, exige cinco anos de residência para o estrangeiro ser eleitor e apenas permite que seja eleito um chinês para a câmara de Macau, que tenha também, pelo menos, cinco anos de residência (art. 158.º e 159.º); 6.º) a carta orgânica de Angola, aprovada pelo decreto 3621, de 28 de novembro de 1917, reproduz textualmente o preceito, acima indicado, da base 44.ª anexa à lei de 1914.

O segundo limite consiste em os estrangeiros poderem ser nomeados cônsules e vice-cônsules de 2.ª classe, bem como chanceleres e agentes consulares. O regulamento consular (art. 24.º, 26.º e 27.º) apenas manda *preferir* em igualdade de circunstâncias indivíduos de nacionalidade portuguesa, e por isso permite claramente a nomeação de estrangeiros.

As duas excepções que ficam apontadas encontram a sua explicação no desejo de interessar os estrangeiros no progresso das instituições municipais das colónias, ou na falta de cidadãos portugueses nas cidades e portos estrangeiros em condições de exercerem as funções consulares.

Ainda um novo limite poderá resultar da execução da lei n.º 1117 de 4 de fevereiro de 1921, que criou uma grande comissão de estudo para o estreitamento de relações entre Portugal e o Brasil. Entre os assuntos sobre que deverá recair o estudo da comissão, está o *mutuo direito de elegibilidade dos cidadãos dos dois países para os corpos administrativos, embora com justas e indispensáveis restrições*. Se o intuito da lei se realizar, os brasileiros terão em Portugal o direito de serem eleitos para os corpos administrativos, com os limites que a lei estabelecer, o que representa um direito político.

49 — II — *Direitos públicos não políticos*. O artigo 3.º da Constituição política da República consagrou formalmente o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros quanto ao gozo de direitos públicos não políticos. Eis a fórmula do artigo: «A Constituição garante a portugueses e estrangeiros

residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes». A esta fórmula de equiparação entre nacionais e estrangeiros segue-se uma larga enumeração de garantias individuais, em que se especificam as manifestações dos três direitos fundamentais de liberdade, segurança individual e propriedade.

Não contente, porém, com tal enumeração, ainda o legislador julgou necessário firmar o preceito do artigo 4.º, assim redigido: «A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna ou constam de outras leis especiais». Quaisquer que sejam estas garantias, deverá entender-se que são comuns a nacionais e a estrangeiros, sempre que representem direitos públicos não políticos e a sua lei regulamentar os não torne privativos dos cidadãos portugueses.

Se o princípio da equiparação é o princípio dominante do direito português acerca da situação dos estrangeiros quanto ao gozo de direitos públicos não políticos, essa equiparação não é absoluta, havendo ao contrário restrições, que vamos apontar, a fim de verificar até onde as nossas leis respeitaram a mesma equiparação.

As restrições da igualdade entre nacionais e estrangeiros quanto à atribuição de direitos públicos não políticos respeitaram: a) à liberdade de entrar e residir em território português; b) à liberdade de trabalho, comércio e indústria; c) à liberdade de reunião; d) à liberdade de associação; e) à liberdade de imprensa; f) à liberdade de consciência e cultos; g) à liberdade de ensinar e aprender; h) e ao direito de acção

a) *Liberdade de entrar e residir em território português.* A lei portuguesa concede aos estrangeiros o direito de entrar no país, de aí residir e transitar, e de deixar o território português quando bem lhes aprouver. Este direito contém-se evidentemente no direito de liberdade, que a Constituição (art. 5.º, n.º 1.º) reconhece indistintamente a portugueses e a estrangeiros. Contudo, nem este direito é ilimitado, nem a equiparação entre portugueses e estrangeiros é absoluta, havendo restrições quanto à entrada no país, quanto à fixação da residência, e quanto à permanência em território português.

a) *Entrada no país.* É interessante a história da nossa legislação acerca da admissão dos estrangeiros em território português.

Numa primeira fase, que se estende até à publicação do decreto de 17 de julho de 1871, a entrada de estrangeiros em território português dependia da apresentação de *passaporte* ou de um meio de *identificação* que o substituísse. Esta exigência geral de identificação aparecia claramente no regula-

mento de policia de 7 de julho de 1865, cujo artigo 2.º determinava que os estrangeiros podiam ser admitidos, ou apresentando *passaporte* (n.º 1.º), ou dando *abonação* idónea à identidade da pessoa (n.º 2.º), ou *declarando* por termo escrito a sua *identidade* e circunstâncias e o *fim* a que vinham, caso em que se lhes concederia *admissão provisória* até legitimarem definitivamente a sua residência (n.º 3.º), ou declarando-se *emigrados*, hipótese em que bastaria indicar a localidade para onde iam residir (n.º 4.º), ou *sem exigências*, tratando-se de espanhóis habitantes da raia e conhecidos como da classe daqueles que, em continuo giro, entram no país por causa do seu constante comércio e relações entre Portugal e Espanha, a respeito dos quais estava em prática a sua livre admissão e saída.

A segunda fase começa com o citado decreto de 17 de julho de 1871, cujo artigo 1.º dispunha: «Os viajantes procedentes da Europa são livremente admitidos no reino, sem que à sua entrada lhes possa ser exigido passaporte ou qualquer outro documento ou declaração tendente a legitimar a sua admissão ou a comprovar a sua identidade. § único. Poderá, todavia, o Governo, quando o bem do Estado o exija, decretar temporariamente as providências que julgar suficientes para fiscalizar a entrada de todos os viajantes no reino tanto por mar como por terra». O decreto de 1871 generalizou, pois, a todos os estrangeiros *procedentes da Europa*, a dispensa de identificação que, até aí, apenas era concedida aos *espanhóis* habitantes da raia. Estava assim manifestada a tendência para a livre admissão dos estrangeiros em Portugal.

Esta tendência foi inteiramente realizada pela lei de 25 de abril de 1896, cujo artigo 1.º § único determinou: «É dispensada a exigência de passaportes aos estrangeiros, que saiam ou entrem no país, podendo, contudo, o Governo restabelecê-los temporariamente, quando circunstâncias graves de ordem pública o justificarem». Com a vigência deste preceito, começa a terceira e última fase, que é caracterizada pela *livre admissão* dos estrangeiros em circunstâncias normais.

O preceito liberal da lei de 1896 foi reproduzido no artigo 1.º da lei de 25 de abril de 1907, e pelo artigo 1.º do decreto n.º 5624, de 10 de maio de 1919, para o continente e ilhas adjacentes, e pelo artigo 1.º do decreto de 4 de julho de 1906, para o ultramar.

O princípio da livre admissão dos estrangeiros está, porém, sujeito a restrições, mediante providências excepcionais, quando o bem do Estado o exija (1)

(1) Dec. de 17 de julho de 1871, art. 1.º; Lei de 25 de abril de 1896, art. 1.º § único; Dec. de 4 de julho de 1906, art. 1.º § 2.º; Lei de 25 de abril de 1907, art. 1.º § 3.º; Dec. de 10 de maio de 1919, art. 1.º § 1.º Como providências de carácter excepcional restringindo a admissão dos estrangeiros em Portugal, lembremos o decreto n.º 2315, de 4 de abril de 1916, que, por um

Também o mesmo principio tem hoje limitações quanto à admissão de estrangeiros nas colónias. A base 20.^a anexa ao decreto 7008, de 9 de outubro de 1920, atribui aos governadores das colónias a faculdade de recusar a entrada de estrangeiros, e a base 95.^a determina que essa faculdade será exercida em qualquer dos seguintes casos: 1.^o quando da presença dos estrangeiros possam resultar alterações da ordem pública, ou outros graves inconvenientes quer de ordem pública interna quer de ordem internacional; 2.^o quando sejam individuos que tenham sofrido já condenações por crimes a que correspondam penas maiores, ou vadios, ou mendigos, ou que não tenham meios de subsistência nem estejam em condições de os angariar, excepto sendo conhecidos emigrados políticos ou individuos que estejam na colónia em cumprimento de pena, ou que nela tenham de entrar para o mesmo fim; 3.^o quando sejam alienados, ou sofram de doença cuja difusão convenha evitar, mas só nas colónias onde ainda não houver hospitalização adequada ao seu internamento e isolamento.

Este preceito obedece evidentemente à tendência para fazer, até certo ponto, a selecção dos imigrantes (1).

2) *Residência*. É permitido aos estrangeiros residir em Portugal e aqui fixar o seu domicilio nos termos gerais de direito. Contudo o estabelecimento de residência é *condicionado* pela obrigação de *legitimar* a residência, e é limitado pelo *direito de expulsão* e pelo principio da *extradição*.

a) *Legitimação da residência*. O estrangeiro que pretenda demorar-se mais de oito dias no continente e ilhas, e mais de vinte dias no ultramar, deve legitimar a sua residência (Dec. de 1871, art. 8.^o; dec. de 1906, art. 2.^o). Para esse efeito, apresentar-se há à competente autoridade administrativa (2) e produzirá um *certificado de nacionalidade* ou, na impossibilidade de o obter, quer um *passaporte*, quer *documento de abo-*

lado, proíbu a entrada em território português aos súbditos alemães e aos das nações aliadas da Alemanha e, por outro lado, ordenou a exigência aos estrangeiros de qualquer outra nacionalidade, quer de *passaporte*, quer de *abonação* diplomática ou consular, quer de *salvo-conduto* para os espanhóis residentes na raia (art. 1.^o, 2.^o, 3.^o e 4.^o), e o decreto n.^o 6912, de 9 de setembro de 1920, o qual, como o citado decreto de 4 de abril de 1916 deixasse de vigorar, por o decreto n.^o 6515, de 6 de abril de 1920, ter declarado findo o estado de guerra, restabeleceu temporariamente, por motivos de ordem interna, a exigência de passaportes a nacionais e estrangeiros para poderem entrar e sair do território da República (art. 1.^o).

(1) Supra, pág. 127, nota 1, e 163.

(2) Nos concelhos de Lisboa e Pôrto, a autoridade competente é o governador civil, nos demais concelhos do continente e ilhas adjacentes é o administrador do concelho, e nas colónias é o administrador de concelho, o administrador de circunscrição, ou o capitão-mór (Dec. 17-VII-1871, art. 2.^o; Dec. 7008, de 9-X-1920, base 33.^a, secções 2.^a, 3.^a e 4.^a, base 40.^a, secção 1.^a b), base 41.^a, n.^o 6.^o, e base 42.^a, n.^o 2.^o; Código administrativo de 4 de maio de 1896, art. 278.^o, n.^o 20.^o).

nação (Dec. de 1871, art. 3.^o e 4.^o; Reg. de 1863, art. 8.^o; Dec. de 1906, art. 2.^o e 3.^o).

No documento produzido será exarado o título de residência (Dec. de 1871, art. 3.^o e 4.^o), que é válido por um ano (Reg. de 1863, art. 8.^o, § 2.^o, n.^o 1.^o). Se o estrangeiro quiser demorar-se por mais tempo, deve o título de residência ser renovado anualmente até ao quinto ano, considerando-se título de residência permanente o que autorizar a residência pelo último dos cinco anos (Dec. de 1871, art. 7.^o) (1).

O estrangeiro que não legitimar a sua residência, nos termos legais, incorre na multa de 2\$00 a 5\$00, no continente e ilhas, e de 5\$00 a 20\$00, nas colónias, e, se ainda assim se não legitimar, pode ser expulso do país ou da respectiva colónia dentro do prazo que lhe for assinado pelo Governo, ou pelo governador da colónia (Dec. n.^o 1871, art. 5.^o; dec. de 1906, art. 6.^o).

3) *Expulsão*. O estrangeiro residente em Portugal pode ser expulso do país por um simples *acto administrativo* ou em consequência de *sentença penal condenatória*:

a) *Acto administrativo*. Tanto o decreto de 1871 como o decreto de 1906 são concordes em declarar que o estrangeiro que, mesmo depois de lhe ser imposta a multa acima indicada, não legitimar a residência, pode ser expulso pelo Governo ou pelo governador da respectiva colónia. Não se exige a apreciação prévia de qualquer tribunal, e por isso se deve entender que a expulsão é, em tal hipótese, um acto discricionário da autoridade administrativa.

O decreto de 1906 generalizava nas colónias o direito de expulsão a quaisquer estrangeiros que praticassem actos comprometedores da segurança pública, que recusassem obediência às leis do país ou que, por qualquer forma, atentassem contra os direitos de soberania. Tais individuos deviam, nos termos do artigo 7.^o, ser *imediatamente* intimados a sair do território da colónia, no prazo que lhes fôsse indicado. Era evidentemente o principio geral da expulsão como simples medida administrativa e por motivos de ordem pública.

O preceito genérico do decreto de 1906 está hoje, porém, substituído pelo disposto na base 95.^a do decreto n.^o 7008, a qual determina, na secção 1.^a, os casos de expulsão, que são os *casos de exclusão* que já apontamos (2). É importa notar que a base 95.^a acrescenta nas secções 2.^a e 3.^a o seguinte: «Secção 2.^a. Nas expulsões de estrangeiros observar-se hão as convenções e a prática internacional, quando as houver. Secção 3.^a. Sempre que os estrangeiros não respeitem a ordem

(1) Nas colónias, o título de residência tem logo pela primeira vez efeito permanente (Dec. de 4 de julho de 1906, art. 2.^o).

(2) Supra, pág. 180.

de expulsão, voltando de nôvo à colônia, ou ao lugar dela de onde foram expulsos, sem consentimento do governador, serão processados e condenados por desobediência e de novo expulsos depois de soffrerem a pena». O regresso do expulso à colônia é, assim, não um simples caso de expulsão, mas um crime que deve ser seguido de condenação e expulsão.

Para o continente e ilhas, não existe um preceito expresso que estabeleça o principio geral da expulsão. A prática seguida é, porém, no mesmo sentido. Segundo esta prática, o estrangeiro cuja presença atente contra a ordem ou segurança pública pode ser expulso por simples medida administrativa.

Segundo algumas legislações, como por exemplo a brasileira (1), da ordem de expulsão há recurso, quer gracioso para a própria autoridade administrativa, quer contencioso para os tribunais ordinários ou administrativos. O nosso direito não estabelece, porém, recurso da ordem de expulsão dos estrangeiros.

Não pode, contudo, a autoridade administrativa proceder arbitrariamente, embora possa proceder *discricionariamente*. O decreto de 4 de julho de 1906, relativo ao ultramar, fixa o critério de que se torna indispensável averiguar que o estrangeiro se encontra em algum dos casos em que a lei permite a expulsão, e de que o governador deve fundamentar o seu despacho (art. 7.º, §§ 1.º e 2.º). A falta de regulamentação, de modo semelhante deverá observar-se no continente e ilhas adjacentes. Importa verificar que o estrangeiro representa um *perigo* para a ordem ou segurança pública e a ordem de expulsão deve ser fundamentada. São exigências naturais do respeito devido à personalidade jurídica dos estrangeiros e ao Estado de que elles sejam nacionais.

2) *Condenação*. Entre as penas maiores admitidas pela nossa lei criminal, está a *pena de expulsão* (Cód. penal, art. 57.º, n.ºs 7.º e 8.º), que, em certos casos, também pode ser aplicada a nacionais (Cód. pen., art. 147.º), mas que é de preferência applicável a estrangeiros (Cód. pen., art. 156.º, § único, e 259.º; Lei de 21 de abril de 1896, art. 10.º; Dec. de 23 de março de 1899, art. 7.º; Lei de 20 de julho de 1912, art. 25.º).

A expulsão pode resultar directamente da sentença, como acontece no caso do artigo 156.º, § único, ou pode depender do arbitrio do Governô, como acontece a respeito dos vadios (Cód. pen., art. 259.º; dec. de 1899, art. 7.º).

3.º) *Extradicação*. O direito de residência é, por fim, limitado pelo instituto da extradicação, segundo o qual o criminoso que tenha praticado um delicto em país estrangeiro pode ser

(1) Lei n.º 4247, de 6 de janeiro de 1921, art. 5.º.

entregue às autoridades desse país, quer para ser julgado, quer para cumprir a pena, se já tiver sido condenado.

Não existe uma regra geral de direito internacional consuetudinário ou convencional que obrigue os Estados a entregar reciprocamente os criminosos. A extradicação é por isso regulada apenas ou por *tratados bilaterais* entre os Estados ou, num ou noutro Estado, por leis internas.

Em Portugal não existe lei que regule o assunto, sendo este apenas objecto de tratados bilaterais (1).

Em harmonia com os tratados vigentes, a extradicação é concedida por crimes comuns de certa gravidade, sendo sempre indicados nos tratados os crimes por que é concedida.

Poderá, porém, o Governô extraditar criminosos quando não haja tratado que a isso o obrigue? O Dr. Caeiro da

(1) Portugal tem tratados relativos à extradicação com :

1.º) — a *Bélgica*. Convenção de 18 de março de 1875 e convenção adicional de 16 de dezembro de 1881 (*Nova coleção de tratados*, vol. IV, pág. 87 e 95, e vol. VI, pág. 153);

2.º) — a *China*. Tratado de 1 de dezembro de 1887, art. 45.º. Este tratado não é exclusivamente um tratado de extradicação, mas um tratado de amizade e comércio, com um artigo relativo à extradicação. A execução deste artigo foi entre nós regulada pelo decreto de 31 de dezembro de 1908 (*Coleção cit.*, VII, pag. 351 e XIV, pag. 239);

3.º) — o *Congo*. Convenção de 27 de abril de 1888 (*Coleção cit.*, VIII, pag. 1). A convenção foi concluída com o Congo quando era Estado independente. Continuou, porém, a vigorar com a Bélgica depois que o Congo foi convertido numa colônia deste país;

4.º) — os *Estados Unidos*. Convenção e notas de 7 de maio de 1908 (*Coleção cit.*, XIV, pag. 21);

5.º) — a *Espanha*. Convenção de 25 de junho de 1867, artigos adicionais de 27 de maio de 1868 e de 7 de fevereiro de 1873, e acôrdo por troca de notas de 10 de maio de 1884 (*Coleção cit.*, III, pag. 33 e 41, IV, pag. 35, e VII, pag. 13);

6.º) — a *França*. Convenção de 15 de julho de 1854, declaração de 24 de outubro do mesmo ano, relativa ao artigo 5.º da convenção e declaração adicional de 30 de dezembro de 1872 (*Coleção cit.*, I, pag. 131, e III, pag. 385);

7.º) — a *Holanda*. Convenção de 19 de maio de 1894 (*Coleção cit.*, IX, pag. 235);

8.º) — a *Inglaterra*. Tratado de 17 de outubro de 1892 e protocolo adicional de 30 de novembro do mesmo ano. Conf.: Acôrdo, para que o tratado de extradicação fôsse applicável às colônias do Transval e Orange, de 2, 19 e 21 de outubro e 2 de dezembro de 1905; Regulamento de 9 de outubro de 1882, para a extradicação de criminosos de Hong-Kong refugiados em Macau e Timor (*Coleção cit.*, VI, pag. 223, IX, pag. 53 e 63, e XII, pag. 161);

Mata (*), seguido pelo Dr. Luis Osório (**), pronuncia-se pela doutrina de que, sem tratado, a extradição não pode ser concedida, pela dupla razão de que a extradição se encontra predominantemente jurisdicionalizada e de que a extradição contraria um direito individual. Não consideramos, porém, estas razões decisivas e julgamos exacta a doutrina contrária: 1.º porque não existe entre nós lei alguma que jurisdicionalize a extradição e prive o Governo de a praticar sem tratado; 2.º porque o estrangeiro criminoso não tem direito à impunidade, e a verdade é que os tribunais portugueses não têm competência em geral para punir estrangeiros por crimes cometidos em país estrangeiro (Cod. penal, art. 55.º, n.ºs 1.º, 3.º, 4.º e 5.º); 3.º porque podia dar-se, admitindo a doutrina contrária, a situação absurda de, por crimes iguais ou, até, pelo mesmo crime, cometido em país estrangeiro por um português e por um estrangeiro, o português poder ser punido pelos tribunais portugueses (art. cit., n.º 5.º e §§ 2.º e 3.º), e o estrangeiro ficar impune; 4.º porque aos Estados impende seguramente o dever moral da assistência internacional contra o crime, dever que lhes importa cumprir quando a ordem jurídica local a isso se não oponha.

Mas, se o Governo pode conceder a extradição mesmo sem tratado, não deverá concedê-la por todo e qualquer crime. Deverá conformar-se com os princípios que têm orientado a celebração dos tratados de Portugal com as diferentes potências, como são, por exemplo: a não extradição por crimes políticos, de nacionais, e por crimes de pequena gravidade; o princípio da *especialidade*, isto é, de a punição do crimi-

9.º) — a *Itália*. Convenção e protocolo de 18 de março de 1878, e declaração interpretativa de 6 de fevereiro de 1885 (*Colecção cit.*, v, pág. 5, e vii, pág. 37);

10.º) — a *Noruega*. Convenção de 17 de dezembro de 1863 (*Colecção cit.*, ii, pág. 39);

11.º) — o *Luxemburgo*. Convenção e protocolo de 1 de novembro de 1879 (*Colecção cit.*, v, pág. 331);

12.º) — a *Rússia*. Convenção de 10 de maio de 1837 (*Colecção cit.*, vii, pág. 287);

13.º) — a *Suécia*. Convenção de 17 de dezembro de 1863 (*Colecção cit.*, ii, pág. 39);

14.º) — a *Suíça*. Convenção de 30 de outubro de 1875 (*Colecção cit.*, iv, pág. 39);

15.º) — o *Uruguai*. Convenção de 27 de setembro de 1878 (*Colecção cit.*, v, pág. 155);

(1) Ob. cit., pág. 100.

(2) Ob. cit., pág. 124.

noso se limitar ao crime por que for pedida a extradição; e a condição de que ao criminoso não seja aplicada a pena capital, se o Estado requerente a admitir e ao crime em questão puder caber essa pena.

Procedendo assim, o Governo respeitará suficientemente os direitos individuais e cumprirá os seus deveres de solidariedade internacional (*).

b) *Liberdade de trabalho, comércio e indústria*. Embora reconhecido em geral aos estrangeiros nos mesmos termos em que é reconhecido aos portugueses o direito de liberdade de trabalho, comércio e indústria (Const., art. 3.º, n.ºs 25.º, 26.º e 27.º; Cód. civ. art. 26.º, 359.º, n.º 4.º; Cód. com. art. 7.º), existem algumas restrições relativamente aos estrangeiros.

E assim:

1.º) Não podem exercer as profissões que estejam organizadas em serviço público, pois que o exercício de tais profissões só pertence a quem goza de direitos políticos, e os estrangeiros estão privados destes direitos. Está nessas condições a profissão de corretor de comércio. O ofício de corretor é, com efeito, um *ofício público* (Cód. com., art. 64.º) e os corretores são *oficiais públicos* (Regimento de 10 de outubro de 1901, art. 1.º), e por isso só podem ser corretores os cidadãos portugueses, originários ou naturalizados (Cód. com., art. 65.º; reg. cit., art. 8.º).

Podem, porém, exercer todas as profissões liberais, nas quais se compreende a advocacia e a clínica, desde que tenham os diplomas legais, pois que estas profissões não estão organizadas em serviço público.

2.º) Não podem ser directores técnicos da exploração de minas, porquanto o artigo 48.º da lei n.º 677, de 13 de abril de 1917, só considera pessoa idónea para esse efeito o *cidadão português* que apresentar carta do curso de minas de qualquer escola nacional ou estrangeira.

3.º) Não podem exercer a navegação de cabotagem, nos termos dos decretos de 4 de julho de 1902 e de 23 de janeiro de 1905: 1.º) entre os portos do continente, entre estes e os portos do arquipélago dos Açores; 2.º) entre os portos das possessões portuguesas do Atlântico e os portos do continente e das ilhas dos Açores e Madeira; 3.º) entre os portos de cada uma das possessões portuguesas do Atlântico. Com efeito, a navegação de cabotagem entre os portos indicados é reservada aos navios

(*) Para regular devidamente o exercício do direito de extradição, torna-se evidentemente necessária a publicação de uma lei que, à semelhança do que se fez na Áustria, Argentina, Canadá, Bélgica, Brasil, Estados Unidos, Holanda, Hungria, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Peru e Suíça, determine os termos em que devem ser celebrados os tratados de extradição e em que pode ser concedida a extradição independentemente de tratado (Vide J. Saint-Aubin, *L'extradition et le droit extradiottonnel*, Paris, 1913, pág. 958 e seg.; Lei brasileira n.º 2416, de 28 de junho de 1911).

portugueses, e os estrangeiros não podem ser proprietários destes navios (Acto de navegação de 8 de julho de 1863, art. 4.º) (1).

4.º) Não podem obter licença para estabelecer agências de emigração, por isso que o artigo 18.º do decreto 5624, de 10 de maio de 1919, reserva a concessão dessa licença aos cidadãos portugueses. É certo que o artigo 73.º do regulamento aprovado pelo decreto 5886, de 19 de junho de 1919, fala em nacional ou *estranjeiro* quanto ao exercício da indústria representada pelas agências de emigração, mas deverá entender-se, ou que o decreto prevalece sobre o regulamento, ou que, neste, a palavra *estranjeiro*, contraposta a *nacional*, quer dizer português por naturalização.

5.º) Não podem entrar livremente na constituição da tripulação (2) dos navios portugueses. E assim é que não podem: α) fazer parte da tripulação dos navios de comércio na qualidade de capitão, piloto, sobrecarga, contramestre e praticantes de máquina, mesteres que só podem ser desempenhados por cidadãos portugueses (Acto de navegação, art. 8.º; Reg. das capitâneas dos portos, de 1 de dezembro de 1892, artigo 81.º, a) e c); β) ser maquinistas desses navios, quando haja maquinistas portugueses, prontos à matrícula, do grau ou classe correspondente ao serviço que tenham a desempenhar, os quais lhes devem ser preferidos (3); γ) entrar na tripulação dos mesmos navios, em cada uma das classes de marinhagem, criados e fogueiros, senão na razão de um têrço do total dos tripulantes das referidas classes (Reg. cit., art. 81.º c)) bem como ser matriculados nos referidos navios sem prévia autorização do respectivo cônsul (Reg. cit., art. 84.º); δ) exercer as funções de arrais ou mestres de embarcação de serviço de portos e rios, pois essas funções devem ser exercidas por indivíduos inscritos como marítimos (Reg. cit., art. 147.º), e apenas os nacionais podem ser inscritos nessa qualidade (Reg. cit., art. 44.º); ε) fazer parte da tripulação dos barcos de pesca, com matrícula de pesca, por isso que, para fazer parte dessa

(1) Cumpre notar que o decreto n.º 6221, de 15 de novembro de 1919, permitiu o transporte, sob bandeira estrangeira, de produtos originários das colónias portuguesas da África ocidental para o continente da República enquanto durasse a crise dos transportes marítimos. Foi uma *medida de circunstância*, que ainda não foi abolida, mas que o deverá ser logo que desapareçam as causas que a determinaram.

(2) Tomamos aqui a palavra tripulação na extensão em que a considera o artigo 516.º do Código comercial, segundo o qual compreende: o capitão ou mestre, os oficiais, os marinheiros, e criados de bordo que fazem parte da equipagem e também os maquinistas, fogueiros e mais pessoas ao serviço dos navios a vapor.

(3) Em regra, as incapacidades são *absolutas*. A incapacidade de ser maquinista é, porém, *relativa*, pois se dá somente quando haja cidadãos portugueses nas mesmas condições. É assim uma *incapacidade condicional*, que representa uma *preferência* em favor dos cidadãos portugueses (Vide: Dr. Carneiro Pacheco, ob. cit., pág. 54).

tripulação, é preciso estar inscrito como marítimos (Reg. cit., art. 177.º; Conf. Dec. de 4-vi-1902, art. 1.º e 2.º, dec. de 23-i-1905, art. 1.º e 2.º, e dec. de 13-i-1912), e esta inscrição é restrita aos nacionais, como já foi dito.

6.º) Não podem entrar, em mais de um têrço, na constituição dos corpos gerentes dos bancos portugueses que praticarem operações bancárias nas colónias, restrição de importância, sobretudo a respeito das colónias da África ocidental, onde aquelas operações apenas são permitidas a estabelecimentos bancários portugueses (Dec. n.º 5809, de 30-v-1919, art. 5.º) (1).

c) *Liberdade de reunião*. A Constituição política (art. 3.º, n.º 14.º) reconhece a portugueses e estrangeiros o direito de reunião, mas acrescenta que leis especiais determinarão a forma e condições do seu exercício, e a lei que ainda hoje regula o direito de reunião, que é a lei de 26 de julho de 1893, exige que os promotores, convocadores ou organizadores de qualquer reunião estejam no pleno gozo dos direitos civis e políticos (art. 2.º, § único).

Ora, sendo certo que os estrangeiros não gozam de direitos políticos, segue-se que eles não podem, legalmente, promover, convocar ou organizar reuniões, bem como não podem presidir às mesmas reuniões, pois que, também para esse efeito, a lei de 1893 exige o gozo pleno dos direitos civis e políticos (art. 4.º).

As proibições da lei não abrangem, porém, as conferências de carácter científico, literário ou artístico que se realizem em quaisquer associações formadas por estrangeiros que tenham os seus estatutos legalmente aprovados, nem as reuniões que os membros dessas associações celebrem em harmonia com os estatutos (art. 3.º).

d) *Liberdade de associação*. A Constituição reconhece, em princípio, a portugueses e estrangeiros o direito de associação. Torna, porém, a forma e condições do seu exercício dependentes de lei especial (art. 3.º, n.º 14.º), e a lei reguladora do direito de associação, que é a lei de 14 de fevereiro de 1907, dispõe no artigo 1.º que «*todos os cidadãos no gozo dos seus direitos civis podem constituir-se em associação, para fins conformes às leis do reino...*», e por isso parece que a lei priva os estrangeiros do direito de associação em geral, pois fala em *cidadãos no gozo dos seus direitos civis*. Afigura-se-nos, contudo, que a facultade de associação reconhecida pela lei de 1907 aproveita tanto a nacionais como a estrangeiros: 1.º porque as leis empregam por vezes a palavra *cidadão* como sinónimo de *indivíduo*, como se vê dos art. 41.º, 43.º,

(1) Importa observar que a limitação referida no texto apenas respeita aos bancos portugueses *comuns*. Nos bancos a que sejam concedidos os privilégios da emissão de notas ou de obrigações prediais, os corpos gerentes devem ser constituídos exclusivamente por cidadãos portugueses (Dec. 5809, art. 5.º, § único; Conf. supra, pág. 103 nota 1).

44.º, 45.º e 46.º do Código civil, que estabelecem regras relativas ao domicílio, regras certamente applicáveis tanto a nacionais como a estrangeiros, e do artigo 1.º do decreto 5624, de 10 de maio de 1910, que emprega a fórmula «cidadãos nacionais ou estrangeiros»; 2.º) porque a lei torna semelhante faculdade dependente apenas do gozo de *direitos civis*, e quanto a estes direitos são os estrangeiros equiparados aos portugueses (Cód. civil, art. 26.º); 3.º) porque as leis que têm regulado formas especiais de associação, como as associações de classe e os sindicatos agrícolas, expressamente limitam ou proíbem, como veremos, o ingresso de estrangeiros nessas associações, sinal de que a lei geral lhes faculta esse ingresso; 4.º) porque, sob o ponto de vista dos direitos públicos não políticos, a Constituição equiparou os estrangeiros aos portugueses, e por isso, quando o gozo de um direito público não envolva o exercício de uma função pública ou não esteja dependente do gozo de direitos políticos, deve entender-se que esse direito é atribuído tanto a nacionais como a estrangeiros.

Mas, embora reconhecido em princípio aos estrangeiros, o direito de associação tem a seu respeito muitas *limitações*. E assim, os estrangeiros: 1.º) não podem constituir associações de fins políticos, pois que, não lhes sendo reconhecidos os direitos políticos, também lhes não deve ser permitido constituir associações que supunham o exercício desses direitos; 2.º) não podem fazer parte dos corpos gerentes das associações de classe que se constituam na meirópole (Dec. de 9 de maio de 1891, art. 7.º, § único) e nos corpos gerentes das que se constituam nas colónias só podem entrar na razão de um terço (Dec. de 10 de outubro de 1901, art. 7.º, § único); 3.º) só podem entrar em minoria na direcção dos sindicatos agrícolas (Lei de 3 de abril de 1896, art. 2.º, § único); 4.º) só podem entrar em minoria na direcção da câmara de comércio de Lourenço Marques e não podem ser presidentes nem da direcção nem da assembleia geral dessa associação (Dec. de 15 de fevereiro de 1908); 5.º) os ministros do culto estrangeiros não podem fazer parte dos organismos dirigentes das corporações encarregadas do culto (Dec. 3856, de 22 de fevereiro de 1918, art. 1.º, § 2.º).

e) *Liberdade de imprensa*. É atribuída pela lei tanto a nacionais como a estrangeiros (Const., art. 3.º, n.º 13.º; Cód. civil, art. 361.º; Dec. 28 de outubro de 1910, art. 1.º), mas existe para os estrangeiros a *restrição* de que não podem ser editores de jornais, por isso que o artigo 4.º do decreto de 28 de outubro de 1910 declara que o *editor do jornal deve ser cidadão português*.

f) *Liberdade de consciência e cultos*. Tanto a Constituição (art. 3.º, n.ºs 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º e 9.º), como o decreto de 20 de abril de 1911 (art. 1.º), garantem a portugueses e a estrangeiros a liberdade de consciência e cultos. Contudo, a

igualdade entre nacionais e estrangeiros não se mantém inteiramente, aparecendo nos decretos de 20 de abril de 1911 e de 22 de fevereiro de 1918 as seguintes restrições: 1.º) Os ministros do culto estrangeiros não podem fazer parte da direcção ou administração das associações encarregadas do culto (Dec. de 1918, art. 1.º § 2.º); 2.º) os ministros da religião estrangeiros, mesmo depois de naturalizados portugueses, não podem, sob pena de desobediência, tomar parte principal ou accessória em actos de culto público de qualquer religião dentro do território da república, sem consentimento especial, por escrito, da competente autoridade administrativa concelhia, que deverá casar a autorização logo que superiormente lhe seja ordenado ou a julgue inconveniente aos interesses do Estado (art. 178.º) (1); 3.º) os ministros da religião estrangeiros, mesmo depois de naturalizados, não podem ser autorizados a exercer os cargos de directores ou administradores, capelães ou semelhantes, de qualquer corporação portuguesa de assistência ou beneficência, seja ou não encarregada do culto, sob pena de incorrerem em desobediência e de ser declarada extinta a corporação (art. 180.º); 4.º) os estrangeiros dirigentes de confissões religiosas não podem fundar estabelecimentos de ensino particular em que seja ministrado o ensino da teologia e das respectivas disciplinas preparatórias (Dec. de 1918, art. 6.º).

g) *Liberdade de ensinar e aprender*. Importa considerar separadamente a liberdade de ensinar e a liberdade de aprender:

1.º) *Liberdade de ensinar*. O ensino pode revestir as duas formas de *ensino público* e de *ensino particular*.

O ensino público é ministrado em *escolas oficiais*, de que só podem ser professores cidadãos portugueses, pela razão simples de que semelhante ensino é uma função pública, o direito de a exercer é um direito político e por isso cabe exclusivamente aos cidadãos portugueses. Contudo, nas escolas oficiais podem ensinar estrangeiros como *professores contratados* (2). O que eles não podem é fazer parte dos quadros como funcionários do Estado.

O ensino particular — primário, secundário ou técnico — é ministrado em *escolas* também *particulares*, e por isso, em princípio, podem aí professor livremente os estrangeiros, desde que satisfaçam às condições exigidas aos nacionais.

(1) Da proibição indicada no texto foram exceptuados os ministros da religião que, ao abrigo de convenções internacionais ou de usos antiquíssimos referidos a uma situação de reciprocidade, tomarem parte em cerimónias cultuais dentro de templos pertencentes a estrangeiros e já existentes, ao tempo da publicação do decreto de 1911, no território nacional, embora o Governo possa tomar todas as medidas necessárias para que desse facto não resulte infracção às leis vigentes, nem desrespeito pelas instituições e autoridades da República (Dec. de 1911, art. 179.º).

(2) Vide: Estatuto universitário de 6 de julho de 1918, art. 67.º.

Esta doutrina é incontestável a respeito do ensino primário e do ensino técnico, nenhuma disposição havendo, do nosso conhecimento, nos diplomas que regulam estas formas de ensino, que iniba os estrangeiros de professarem nas escolas particulares onde êle possa ser ministrado.

O mesmo estava expressamente estabelecido, quanto ao ensino secundário, no artigo 413.º do decreto 3091, de 17 de abril de 1917, onde se determinava: «Os estrangeiros podem obter o diploma de director ou de professor particular de ensino secundário, logo que satisfazam a todas as condições estabelecidas para os nacionais».

A situação foi, porém, profundamente modificada pelos artigos 7.º e 10.º do decreto n.º 4645, de 14 de julho de 1918, e pelos artigos 415.º e 414.º do decreto n.º 6675, de 12 de junho de 1920, combinados com os artigos 1.º e 6.º do decreto n.º 2646, de 26 de setembro de 1916, que regula a admissão de candidatos às escolas normais superiores. Com efeito, os decretos de 1917 e de 1918 tornam dependente a obtenção do diploma de professor do ensino secundário particular da apresentação de documento comprovativo da qualidade de professor efectivo ou agregado dos liceus, na situação de licença ilimitada, ou carta do curso do magistério liceal ou sua pública forma, e o decreto de 1916 não só determina que o Governô indicará em cada ano, segundo as necessidades do ensino liceal, normal primário e primário superior, o número de candidatos que devem ser admitidos às escolas normais, que são hoje as escolas que podem conferir as cartas do curso do magistério liceal (Dec. n.º 5550, de 3 de setembro de 1917, art. 1.º; dec. n.º 3862, de 20 de fevereiro de 1918), mas exige que os candidatos apresentem documento que prove haverem satisfeito às leis do recrutamento militar, disposições estas que mostram que o legislador apenas teve em vista os cidadãos portugueses, pois só êles podem ser professores dos liceus e das escolas normais primárias ou primárias superiores, e só êles poderão provar que cumpriram as leis do recrutamento militar. Sendo assim, os estrangeiros não poderão ser professores de ensino secundário particular, podendo apenas exercer o ensino doméstico (Reg. de 12 de junho de 1920, art. 407.º, § único).

Esta rigorosa doutrina tem, porém, a atenuação o disposto no artigo 415.º do regulamento de 12 de junho de 1920, onde se preceitua que, até dois anos depois da publicação do mesmo regulamento, poderá o Governô conceder diploma de professor de ensino particular aos indivíduos que possuam apenas as habilitações exigidas pela legislação anterior ao decreto n.º 4650, de 14 de julho de 1918, que era o citado decreto de 17 de abril de 1917, segundo o qual os estrangeiros podiam, como dissemos, ser professores de ensino secundário particular.

2.º) *Liberdade de aprender.* A liberdade de aprender consiste no direito de frequentar as escolas tanto oficiais como

particulares, direito evidentemente reconhecido aos estrangeiros como condição de valorizar o seu espirito e a sua actividade, pois que o contrário seria condená-los à ignorância e à incultura e, assim, faltar ao respeito devido à sua personalidade. Uma ordem de escolas está, porém, naturalmente fechada aos estrangeiros. São as escolas militares. Nessas escolas ministra-se a educação scientifica e técnica necessária aos officiais do exercito de terra e mar, a quem é confiada a defesa do país, e por isso é de primeira intuição que os estrangeiros devem ser excluidos das mesmas escolas. Quanto à *escola naval*, a lei é *explicita*, pois que o artigo 10.º a) do plano de instrução naval, aprovado por lei de 5 de junho de 1903, exige, como primeira condição de admissão à praça de aspirantes de marinha, isto é, de admissão àquella escola, *ser português*. Quanto à *escola militar*, antiga escola de guerra, só podem ser admitidos como alunos individuos alistados no exercito como sargentos, e apenas os cidadãos portugueses podem fazer parte do exercito português (Dec. 25-V-1911, art. 378.º; reg. 23-VIII-1911, art. 2.º e 3.º, § 1.º, 51.º, n.º 7.º, 52.º e 58.º, n.º 5.º, e 156.º a 160.º; dec. 16-VII-1912, art. 5.º, n.º 4.º).

h) *Direito de acção.* Como vimos acima (pág. 137), o direito à tutela jurídica exercida pelos tribunais é um dos direitos públicos subjectivos necessários à afirmação da personalidade, e por isso representa um dos direitos que *devem* ser reconhecidos aos estrangeiros. A lei portuguesa é fiel a êste principio, equiparando, em regra, os estrangeiros aos portugueses quanto ao gozo do mesmo direito. Há, porém, uma limitação que vamos desde já apontar, embora mais tarde devamos voltar ao assunto, quando estudarmos a competência dos tribunais portugueses relativamente às acções em que são partes individuos estrangeiros. A limitação está em que os estrangeiros não podem demandar em Portugal outros estrangeiros por obrigações contraídas em país estrangeiro senão quando o sujeito da obrigação esteja domiciliado em Portugal, ao passo que os portugueses podem demandar outros portugueses ou estrangeiros por tais obrigações, quer quando o sujeito da obrigação esteja domiciliado em Portugal, quer quando cá seja encontrado (Cód. do processo civil, art. 16.º e 20.º).

Tais são as restrições do nosso conhecimento que, em matéria de direitos públicos não políticos, as leis portuguesas estabelecem relativamente aos estrangeiros. Fora delas e de quaisquer outras que porventura existam ou que venham a ser estabelecidas, o estrangeiro deve ser equiparado aos portugueses, tendo, como estes, garantida a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade (como se exprime o art. 3.º da Constituição), nos termos em que essa inviolabilidade for regulada e assegurada nas leis portuguesas.

Devemos observar que o artigo 3.º da Constituição emprega a palavra *cidadão*, ao indicar a inviolabilidade do domicílio (n.º 15.º), o direito de petição (n.º 30.º), e o direito de resistência (n.º 37.º), o que poderia levar à conclusão de que esses direitos apenas são reconhecidos aos portugueses, recusando-se aos estrangeiros. Entendemos que também aí a palavra *cidadão* é empregada como sinónimo de *indivíduo* e que os três direitos são comuns a portugueses e a estrangeiros, pela decisiva razão de que o legislador empregou a palavra *cidadão* a respeito da inviolabilidade do domicílio, e não é possível admitir que a Constituição pretendesse reconhecer essa inviolabilidade apenas aos portugueses. Mas, se a palavra *cidadão* no n.º 15 do artigo 3.º da Constituição significa *indivíduo*, o mesmo significado deve ter nos n.ºs 30.º e 37.º. Importa, todavia, notar que o direito de petição, embora reconhecido aos estrangeiros, se limita naturalmente às reclamações respeitantes aos direitos que lhes são concedidos, isto é, aos direitos públicos não políticos, e aos direitos privados e dentro das limitações estabelecidas pelas leis. Fora disso, não se compreenderiam as suas reclamações (1).

50 — III — *Direitos privados*. Como a respeito dos direitos públicos não políticos, a regra do direito português é a *igualdade entre nacionais e estrangeiros* quanto ao gozo de direitos privados. Em verdade, se o artigo 17.º do Código civil diz que só os cidadãos portugueses podem gozar plenamente de todos os direitos civis, que a lei civil reconhece e assegura, o artigo 26.º estabelece claramente a doutrina geral da igualdade, nestes termos: «Os estrangeiros, que viajam ou residem em Portugal, têm os mesmos direitos e obrigações civis dos cidadãos portugueses, emquanto aos actos que não de produzir os seus efeitos neste reino; excepto nos casos em que a lei expressamente determine o contrário, ou se existir tratado ou convenção especial que determine e regule de outra forma os seus direitos». Por seu lado, o Código comercial dispõe no artigo 7.º: «Toda a pessoa, nacional ou estrangeira, que for civilmente capaz de se obrigar, poderá praticar actos de comércio, em qualquer parte destes reinos e seus domínios, nos termos e salvas as excepções do presente Código». É pois certo que os estrangeiros gozam, em princípio, em Portugal dos mesmos direitos privados que os cidadãos portugueses, e por isso podem adquirir e exercer direitos de crédito, adquirir e exercer direitos reais, adquirir e exercer direitos de família, e bem assim adquirir e transmitir bens por sucessão.

Nem o gozo de direitos privados pelos estrangeiros está dependente de eles *viajarem ou residirem* em Portugal,

como podia parecer em face da letra do artigo 26.º do Código civil, fórmula que já não aparece no artigo 7.º do Código comercial.

Com efeito, o entendimento do artigo 26.º no sentido de que ele apenas reconhece direitos aos estrangeiros que viajam ou residem em Portugal não resiste à análise comparativa do mesmo artigo, já com outras disposições do Código civil, já com as disposições de outras leis, em que se reconhecem efeitos jurídicos a actos praticados por estrangeiros em país estrangeiro, e por isso mostram que deve ter sido outro o pensamento do legislador. Assim: a) Pelo artigo 964.º do Código civil, as hipotecas constituídas em país estrangeiro sobre bens sitos em Portugal produzem cá efeitos, desde que sejam registadas nas respectivas conservatórias portuguesas. Nenhuma restrição faz o artigo relativamente à nacionalidade dos interessados, pelo que deve entender-se que se refere tanto a nacionais como a estrangeiros; — b) Pelo artigo 1965.º do mesmo Código, o testamento feito por súdito não português fora de Portugal produz efeitos neste país, ainda com relação aos bens nele existentes, desde que se observem no testamento as disposições da lei do país onde for feito. Aqui o legislador foi terminante. Reconheceu efeitos aos actos de estrangeiros praticados em país estrangeiro; — c) Pelo artigo 1090.º do Código do processo civil, os tribunais portugueses podem confirmar sentenças proferidas em país estrangeiro em casos em que ambos os litigantes sejam estrangeiros, sem exigir que as sentenças respeitem a actos praticados em Portugal, o que mais uma vez revela que o legislador se não preocupou com o lugar onde os estrangeiros praticam os actos, reconhecendo-os juridicamente desde que produzam efeitos em Portugal; — d) Pelo artigo 4.º do Código comercial, os actos de comércio, desde que sejam praticados em harmonia com a lei competente aí indicada, e não contrariem as leis portuguesas de interesse e ordem pública, produzem efeitos em Portugal, independentemente da nacionalidade dos interessados e do lugar onde são praticados; — e) Pelos artigos 54.º, 109.º e 111.º do mesmo Código, mostra-se claramente que é reconhecido em Portugal o acto de constituição de uma sociedade estrangeira organizada em país estrangeiro, sem para nada se atender à nacionalidade dos sócios; — f) Pelo artigo 241.º a) do regulamento consular de 7 de março de 1920, os cônsules portugueses podem lavrar escrituras que, embora outorgadas entre estrangeiros, tiverem de produzir os seus efeitos em Portugal. Todos estes textos (ao lado dos quais seria fácil apontar outros em que as nossas leis dão efeitos jurídicos a actos praticados por estrangeiros em país estrangeiro) provam de modo evidente que o legislador português se não limitou a conceder direitos aos estrangeiros que viajam ou residem em Portugal, mas que os reconhece mesmo aqueles que aqui não residem, quanto aos actos que produzam efeitos no país. E ninguém

(1) Supra, pág. 140.

poderá dizer que os textos apontados são meras *excepções* a um princípio por elles subentendido, segundo o qual a regra seria que só produzem efeitos em Portugal os actos de estrangeiros praticados no país. Isso ainda poderia afirmar-se em face dos artigos 964.º e 1965.º do Código civil (embora não chegasse a ver-se a razão por que haviam de reconhecer-se efeitos ao testamento e à hipoteca e não aos outros actos jurídicos), mas de modo nenhum poderia sustentar-se em face do artigo 1090.º do Código do processo civil, do artigo 4.º do Código comercial, e do artigo 241.º a) do regulamento consular, cujas disposições são tão genéricas, que traduzem com evidência o princípio de que o direito português reconhece efeitos jurídicos aos actos de estrangeiros praticados em país estrangeiro, e por isso reconhece direitos aos estrangeiros mesmo quando se encontram em país estrangeiro. A fórmula do artigo 26.º do Código civil — *estrangeiros que viajam ou residem em Portugal* — não passa, pois, de uma *fórmula exemplificativa*, referida à hipótese mais comum em que aos estrangeiros pode aproveitar a protecção das leis portuguesas. O verdadeiro pensamento do artigo não pode deixar de ser que a nossa lei concede aos estrangeiros os mesmos direitos e lhes impõe as mesmas obrigações que concede ou impõe aos portugueses, uma vez que os seus actos hajam de produzir os seus efeitos em Portugal, independentemente de elles viajarem ou residirem em Portugal e independentemente do lugar onde os actos sejam praticados.

Mas, se a regra é a igualdade, esta regra tem algumas limitações: umas no sentido de recusar aos estrangeiros certos direitos — *incapacidades*; outras no sentido de submeter o reconhecimento de um direito a um princípio de — *reciprocidade*; e outras no sentido de subordinar o gozo dos direitos a um princípio de — *igualdade condicionada*.

a) *Incapacidades*. São em pequeno número os direitos privados que as nossas leis recusam aos estrangeiros. Limita-se a recusa aos assuntos seguintes:

1.º) *Testemunhas instrumentárias*. O artigo 1966.º do Código civil, ao enumerar as pessoas que não podem ser testemunhas em testamento, indica em primeiro lugar os *estrangeiros*, e o artigo 2492.º do mesmo código dispõe, sob a rubrica — *Das testemunhas instrumentárias* —, que não podem ser testemunhas em actos entre vivos aquelas pessoas que não o podem ser em actos de última vontade, em conformidade do artigo 1966.º, disposições que mostram claramente que os estrangeiros não podem ser testemunhas em documentos autênticos ou particulares por que se constituam, modifiquem ou extinguam obrigações.

Se, porém, intervier como testemunha instrumentária um estrangeiro que era geralmente considerado como português, o documento não é nulo por essa circunstância, por virtude do

preceito do artigo 664.º do Código civil, onde se estabelece que o erro geral e comum não produz nulidade (1).

A qualidade de estrangeiro atribuída a uma testemunha para demonstrar a sua incapacidade de intervir num testamento ou num acto entre vivos pode provar-se por qualquer meio de prova, excepto em relação áqueles factos para que a lei exige uma determinada espécie de prova, como, por exemplo, o casamento celebrado em Portugal, que deverá ser provado por certidão do respectivo registo, admitindo-se apenas outra espécie de prova quando se mostre falta ou perda desse registo (Cód. do registo civil, art. 4.º e 5.º) (2).

Os estrangeiros podem contudo ser testemunhas instrumentárias nos actos públicos exarados nos consulados portugueses (Cód. civ. art. 1962.º; Reg. consular, art. 246.º, § 4.º), atenta a dificuldade que aí poderia haver em conseguir testemunhas de nacionalidade portuguesa.

E, bem assim, podem os estrangeiros ser testemunhas nos actos do registo civil. É o preceito expresso do artigo 42.º da lei de 10 de julho de 1912, que modificou e esclareceu os artigos 139.º, 216.º, n.º 4.º, e 252.º, n.º 3.º, do Código do registo civil). Igualmente podem ser testemunhas em juízo, como claramente se infere dos artigos 2510.º e 2511.º do Código civil, o primeiro dos quais estabelece o princípio de que podem ser testemunhas todas as pessoas que não forem inábeis por incapacidade natural, e o segundo indica as incapacidades legais, entre as quais não aparece a qualidade de estrangeiro.

2.º) *Propriedade de navios portugueses*. Entre as condições exigidas pelo acto de navegação de 8 de julho de 1863 para atribuir a um navio a qualidade de português, é preciso que elle pertença a um cidadão português ou a companhias de navegação ou de reboques, estabelecidas em Portugal e legalmente autorizadas (art. 4.º e 6.º). Resulta destes preceitos que os estrangeiros não podem ser proprietários de navios portugueses. E o legislador não se contentou com formular o preceito. Regu-lou-o e sancionou-o, de modo a evitar equívocos e fraudes, nestes termos: α) não é considerado português um navio, ainda mesmo de construção portuguesa, cuja propriedade não pertencer inteiramente a portugueses (art. 4.º); β) O navio português alheado por armador nacional a um estrangeiro deixa de ser português (art. 4.º, § 1.º); γ) O estrangeiro não naturalizado, adquirindo por herança ou outro título gratuito navio português, deve alheá-lo dentro de trinta dias, sob pena de ser

(1) Vide: Acórdão da Relação do Porto de 24 de abril de 1877, publicado na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 13.º, n.º 628, pág. 88; *Conf. Revista cit.*, ano 17.º, n.º 865, pág. 489.

(2) *Vid. Revista cit.*, vol 11.º, n.º 522, pág. 19.

adjudicado ao denunciante (art. 4.º, § 2.º); 2) O navio estrangeiro adquirido por um português, havendo no contrato reserva fraudulenta a favor de estrangeiro não naturalizado, será arrematado, descoberta a fraude, e o seu produto aplicado ao hospital da marinha (art. 5.º).

A incapacidade de que vimos falando abrange não só os navios de comércio propriamente ditos, mas também as embarcações de serviço de portos e rios que não sejam de construção portuguesa, bem como as embarcações de pesca, por isso que os artigos 131.º e 162.º do regulamento das capitânicas dos portos, de 1 de dezembro de 1892, exige, para que tais embarcações sejam consideradas nacionais, quanto às primeiras, que sejam de construção portuguesa ou pertencentes a portugueses e, quanto às segundas, que sejam sempre pertencentes a cidadãos portugueses (1).

Quanto a *barcos de recreio*, não estabelece a lei restrição alguma e por isso deve entender-se que podem ser possuídos tanto por portugueses como por estrangeiros, se bem que o § 4.º artigo 1.º do decreto de 23 de janeiro de 1905 declare que os navios de recreio para navegação de longo curso, ou destinados a navegar dentro das zonas em que pode efectuar-se a navegação de cabotagem, serão, para os efeitos da legislação e fiscalização marítima, equiparados respectivamente aos navios mercantes destinados a viagens de longo curso, de grande ou de pequena cabotagem.

3.º) *Desastres no trabalho*. O decreto n.º 5637, de 10 de maio de 1919, que regulou as indemnizações devidas aos operários vítimas dos desastres no trabalho, estabeleceu no artigo 24.º a seguinte disposição: «Os operários e empregados vítimas de um desastre no trabalho ou os seus representantes, perderão o direito a qualquer pensão desde que deixem de residir em território nacional. Se, porém, forem estrangeiros, terão direito a receber por uma só vez, no momento de se ausentarem de Portugal, o triplo da pensão anual que lhes tenha sido fixada. Neste último caso, sendo menores de mais de onze anos e menos de catorze, apenas deverão receber uma indemnização igual às pensões que lhes restava receber, se continuassem residindo em Portugal. § 1.º Os representantes estrangeiros de um operário estrangeiro não receberão indemnização alguma, se não residirem em território português na ocasião do desastre. § 2.º Estas disposições poderão ser alteradas nos limites das indemnizações determinadas neste decreto com força de lei para os estrangeiros

(1) O decreto n.º 1869, de 6 de setembro de 1915, proibiu a transmissão a estrangeiros da propriedade ou uso de qualquer embarcação a vapor que tivesse sido ou pudesse ser destinada à pesca (art. 1.º). Esta proibição, que teve por fim evitar o encarecimento do peixe, tem carácter meramente provisório, devendo deixar de vigorar logo que cessem as circunstâncias que a determinaram (art. 4.º).

cujos países garantirem vantagens equivalentes aos operários portugueses».

Este artigo, ao lado de uma regra de desigualdade entre portugueses e estrangeiros a favor dos operários estrangeiros que se retirem de Portugal, e de um princípio de reciprocidade, que em breve apreciaremos, estabeleceu a *incapacidade* de receber qualquer indemnização para os representantes estrangeiros de operários estrangeiros que residam em país estrangeiro ao tempo do desastre.

4.º) *Operações bancárias na África Ocidental*. Como já o fazia a lei de 27 de abril de 1901 (art. 3.º), o decreto n.º 5809, de 30 de maio de 1919, que remodelou o regime bancário ultramarino, permitindo em geral, tanto a portugueses como a estrangeiros, a prática de operações bancárias nas colónias portuguesas, reservou, porém, para os bancos ou estabelecimentos bancários portugueses a prática daquelas operações nas províncias de S. Tomé e Príncipe, Angola, Cabo Verde e Guiné, isto é, nas possessões da África Ocidental.

5.º) *Construção e exploração de albufeiras e canais para fins agrícolas*. Pelo decreto n.º 4505, de 29 de junho de 1918, foi o Governo autorizado a conceder a construção e exploração de albufeiras e canais que tenham por fim armazenar, distribuir e vender água para fins essencialmente agrícolas, mas a concessão só pode ser feita a entidades, sindicatos, empresas ou companhias portuguesas, o que constituiu mais um caso de incapacidade para os estrangeiros.

6.º) *Concessão de baldios*. O decreto n.º 7127, de 17 de novembro de 1920, que autorizou o Estado, as câmaras municipais e as juntas de paróquia a dividir em glebas e a alienar os baldios que lhes pertencem, que não sejam destinados, por utilidade pública, a arborização e que sejam próprios para a cultura agrícola, reservou o direito de fruir e cultivar as glebas aos cidadãos portugueses no uso dos seus direitos civis (art. 4.º; § único), e portanto excluiu dêsse direito os estrangeiros.

7.º) *Pesca nas águas territoriais*. Como já fôra estabelecido pelo artigo 395.º do regulamento de 14 de dezembro de 1885, a lei de 26 de outubro de 1909 proibiu a pesca às embarcações estrangeiras dentro das águas territoriais, cujo limite fixou à distância de três milhas, a contar da máxima baixamar (art. 1.º).

Este preceito, que era de *incapacidade*, foi substituído por um preceito misto de incapacidade e de *reciprocidade*, primeiro, pela lei n.º 185, de 5 de junho de 1914 e, depois, pela lei n.º 755, de 10 de julho de 1917.

Na lei de 1914, o limite das águas territoriais, para os efeitos da pesca e seu exclusivo para os nacionais, era determinado pela linha que, para os mesmos efeitos, fôsse adoptada pela legislação do país a que pertencessem os pescadores estrangeiros (art. 1.º). Este preceito foi, porém, substituído pela

lei n.º 755, de 10 de julho de 1917, assim redigida: «Art. 1.º. Nas águas territoriais portuguesas é proibida a pesca às embarcações estrangeiras. Art. 2.º. O limite de tais águas, para os efeitos da pesca, é determinado, em relação aos pescadores estrangeiros, pela linha adoptada na legislação em vigor dos seus respectivos países à data da promulgação da presente lei». Esta lei tem seguramente o seguinte significado: 1.º) Não podem pescar em águas portuguesas as embarcações estrangeiras pertencentes a países que reservem a pesca para as embarcações nacionais; 2.º) o limite das águas territoriais para o efeito do exclusivo da pesca será *variável* e determinado segundo a lei do país de cujas embarcações se tratar ao tempo da promulgação da nossa lei; 3.º) poderão pescar em águas portuguesas as embarcações pertencentes a países que, à data da promulgação da mesma lei, não reservem a pesca para as embarcações nacionais, pela razão simples de que o limite do exclusivo tem de ser medido pela lei estrangeira, e o limite da lei estrangeira é igual a zero. Sendo assim, a lei de 1917 contém claramente um regime de reciprocidade para as embarcações estrangeiras pertencentes a países que, à data da sua promulgação, admitissem as embarcações estrangeiras a pescar nas suas águas territoriais. Dado, porém, o regime da lei, que atendeu ao limite existente à data da sua promulgação, e não ao *limite actual*, e porque pode acontecer que a legislação de um país estrangeiro não admitisse a liberdade de pesca ao tempo daquela promulgação e posteriormente a tenha estabelecida, resulta que aos súbditos desse país não pode aproveitar a reciprocidade, existindo para eles uma verdadeira *incapacidade*. A lei de 1917 tem, incontestavelmente, dois defeitos palpáveis, o de estabelecer um *limite variável* das águas territoriais, para o que basta que as leis estrangeiras estabeleçam limites diferentes, e o de impedir a pesca em águas portuguesas a embarcações de países que a permitam nas suas águas às embarcações portuguesas, só por virtude do acaso da data da lei de permissão desses países. É urgente por isso a reforma da lei sob esses dois pontos de vista.

b) *Reciprocidade*. Anteriormente à vigência do Código civil, era doutrina corrente que os estrangeiros legalmente domiciliados no país gozavam dos mesmos direitos privados que os portugueses e que os não domiciliados gozavam, pelo princípio da reciprocidade, dos mesmos direitos que no seu país fossem concedidos aos portugueses (1). Era um sistema semelhante, e por certo pautado sobre o do Código civil francês, em que o princípio da reciprocidade informava a condição dos estrangeiros não domiciliados.

(1) Código comercial de 1855, artigo 13.º; Coelho da Rocha, *Instituições*, § 205.º, n.º 4.º; Dr. Guimarães Pedrosa, ob. cit. pág. 168.

O Código civil estabeleceu o princípio da igualdade, mas o princípio da reciprocidade não desapareceu completamente das nossas leis, encontrando-se aí quatro manifestações de algum interesse, em matéria de propriedade literária, de propriedade industrial, de desastres no trabalho e da pesca em águas territoriais portuguesas.

1.º) *Propriedade literária*. Contrariamente ao princípio de igualdade estabelecido no artigo 26.º, os artigos 576.º e 577.º do Código civil estabeleceram *diferença* entre portugueses e estrangeiros relativamente aos *direitos de autor*, quer de obra originária quer de tradução.

Quanto a obras originárias, o artigo 576.º apenas reconheceu os direitos de autor aos portugueses e somente a respeito das obras publicadas em território português. Os estrangeiros, quer façam a publicação em Portugal, quer a façam em país estrangeiro, não gozam, em princípio, daqueles direitos.

Quanto a traduções, o artigo 577.º já reconheceu os direitos de autor tanto a portugueses como a estrangeiros, mas ainda com a importante diferença de que, sendo o tradutor estrangeiro e tratando-se de obra que ainda não tenha caído no domínio público, apenas lhe é reconhecido o direito de propriedade literária pelo prazo de dez anos, ao passo que ao tradutor português lhe é reconhecido esse direito nos termos gerais, isto é, por toda a vida e ainda aos herdeiros pelo prazo de cinquenta anos (art. 579.º).

Se, porém, a tradução for de obra que já tenha caído no domínio público, o citado artigo 577.º § 2.º equipara o tradutor estrangeiro ao tradutor português, reconhecendo-lhes o direito de propriedade literária pelo prazo de trinta anos.

As diferenças existentes entre autores ou tradutores portugueses e autores ou tradutores estrangeiros são, porém, atenuadas pelo princípio da reciprocidade, assim estabelecido no artigo 578.º: «É equiparado aos autores portugueses o escritor estrangeiro, em cujo país o autor português for equiparado aos nacionais». Por virtude deste preceito, o autor estrangeiro será equiparado em Portugal ao autor português *naquilo* em que este for no seu país equiparado aos autores nacionais, podendo a equiparação dar-se tanto em relação a obras originais e a traduções, como somente a respeito destas. A fórmula legal tem a suficiente flexibilidade para abranger os dois casos.

As regras apontadas constituem o *direito comum* dos estrangeiros em Portugal quanto ao direito de propriedade literária.

A esfera de acção do direito comum é, porém, limitada pelo *direito convencional* constituído pelos tratados concluídos entre Portugal e as potências.

O direito convencional é hoje representado por cinco tratados bilaterais e por um tratado plurilateral.

Os tratados bilaterais são: a convenção com a França,

de 11 de julho de 1866 ⁽¹⁾; a convenção com a Bélgica de 11 de outubro de 1866, e artigo adicional de 7 de janeiro de 1880 ⁽²⁾; a convenção com a Espanha, de 9 de agosto de 1880, com o protocolo adicional de 4 de julho de 1881 ⁽³⁾; o acôrdo com o Brasil, de 9 de setembro de 1889 ⁽⁴⁾; e o acôrdo com a Itália, de 12 de maio de 1906 ⁽⁵⁾. Estas convenções e acôrdos estabelecem o princípio da *igualdade* entre os autores dos Estados contratantes e por isso já representavam uma limitação apreciável ao direito comum.

O tratado plurilateral é a convenção revista de Berne, de 13 de novembro de 1908, à qual Portugal aderiu por decreto de 18 de março de 1908 ⁽⁶⁾.

Os preceitos desta convenção que importa aproximar do direito português comum são os seguintes:

«Art. 5.º Os autores naturais de um dos países da União, que publiquem pela primeira vez as suas obras num outro país da União, têm, neste último país, os mesmos direitos que os autores nacionais. Art. 6.º Os autores não pertencentes à jurisdição de um dos países da União, que publiquem pela primeira vez as suas obras num desses países, gozam, nesse país, dos mesmos direitos que os autores nacionais e, nos outros países da União, dos direitos concedidos pela presente convenção. Art. 8.º Os autores de obras não publicadas nos países da União, mas pertencentes à jurisdição de um país da União, e os autores de obras publicadas pela primeira vez num desses países gozam nos outros países da União, durante toda a duração do direito sobre a obra original, do direito exclusivo de fazer ou de autorizar a tradução das suas obras».

Como se vê, a convenção não só equipara aos súbditos de cada um dos Estados contratantes os nacionais dos outros Estados contratantes, mas ainda lhes equipara os súbditos de Estados não contratantes quanto às obras que publiquem em qualquer desses Estados, bem como lhes reconhece quaisquer direitos que *directamente* são estabelecidos pela convenção, como o direito de autorizar a adaptação de obras musicais a instrumentos que sirvam para as reproduzir mecânicamente, o direito de autorizar a execução pública das mesmas obras por

⁽¹⁾ Carta régia de 11 de julho de 1867; *Nova colecção de tratados*, II, pág. 195; *Sinopse de tratados*, pág. 66.

⁽²⁾ Cartas régias de 29 de junho de 1867, e de 30 de março de 1880; *Nova colecção cit.*, II, pág. 281, e VI, pág. 7; *Sinopse cit.*, pág. 25.

⁽³⁾ Carta régia de 4 de julho de 1881; *Nova colecção cit.*, VI, pág. 67 e 74; *Sinopse cit.*, pág. 55.

⁽⁴⁾ Decreto de 28 de setembro de 1889; *Nova colecção cit.*, VIII, pág. 27; *Sinopse cit.*, pág. 34.

⁽⁵⁾ *Diário do Governo* n.º 112, de 19 de maio de 1906; *Nova colecção cit.*, XII, pág. 257; *Sinopse cit.*, pág. 95.

⁽⁶⁾ *Sinopse cit.*, pág. 17.

meio desses instrumentos e o direito de reproduzir e representar as obras literárias pela cinematografia (art. 13.º e 14.º).

Ora, se atendermos a que a Convenção, em 1 de janeiro de 1921, estava em vigor nas relações da Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca (com as ilhas Féroë), Espanha (com as colónias), França (com a Argélia e colónias), Grécia, Haiti, Holanda (com as Índias neerlandesas, Surinam e Curaçao), Inglaterra (com as colónias, possessões e certos países de protectorado), Japão, Libéria, Luxemburgo, Marrocos (Protectorado francês), Mónaco, Noruega, Polónia, Portugal (com as colónias), Suécia, Suíça e Tunísia ⁽¹⁾, verificamos que as incapacidades estabelecidas na nossa lei para os estrangeiros quanto aos direitos de autor e o princípio da reciprocidade destinado a temperar o rigor dessas incapacidades ficam com um âmbito de aplicação muito limitado.

2.º) *Marcas industriais e comerciais.* A propriedade industrial compreende, segundo a legislação portuguesa, as patentes de invenção, as patentes de introdução de nova indústria, as patentes de introdução de novos processos industriais, as marcas de fábrica e de comércio, o nome industrial ou comercial, o registo de recompensas, os desenhos e modelos de fábrica, e as indicações de proveniência (Lei de 21 de maio de 1896, art. 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º e 198.º e seg.). Relativamente ao reconhecimento aos estrangeiros de cada uma destas modalidades da propriedade industrial, seguiu a nossa lei, ora o sistema da *igualdade pura*, ora o sistema da *igualdade condicionada*, ora o sistema da *reciprocidade*.

O sistema da reciprocidade foi seguido em matéria de registo de marcas de fábrica e de comércio. Regula o assunto o artigo 76.º da lei de 21 de maio de 1896, assim redigido: «As marcas industriais e comerciais de portugueses residentes no estrangeiro serão registadas nas mesmas condições em que o são as de portugueses ou estrangeiros residentes em Portugal, quando apresentadas pelos interessados, ou seus procuradores, na repartição competente, ou para ali enviadas em carta registada. § único. As marcas dos estrangeiros residentes fora de Portugal serão registadas nas mesmas condições que as dos portugueses, se as convenções diplomáticas ou a legislação interna do país a que pertencerem, ou em que tiverem estabelecimentos industriais ou comerciais, estabelecerem a reciprocidade para os súbditos portugueses». Como claramente se vê, a lei estabelece a *igualdade* entre nacionais e estrangeiros, quando estes residam em Portugal, e a recipro-

⁽¹⁾ *Sinopse cit.*, pág. cit.; *Le droit d'auteur*, ano 54º (1921), pág. 1 e 2.

cidade diplomática ou legislativa quando os estrangeiros residam fora de Portugal ⁽¹⁾.

3.º) *Desastres no trabalho*. A terceira manifestação do princípio da reciprocidade aparece em matéria de desastres no trabalho, no § 2.º do já transcrito artigo 24.º do decreto n.º 5658, de 10 de maio de 1919, quando preceitua que as disposições do mesmo artigo poderão ser alteradas *nos limites das indemnizações determinadas nesta lei* para os estrangeiros cujos países garantirem vantagens equivalentes aos operários portugueses. Há aqui evidentemente um princípio de reciprocidade. Os estrangeiros terão mais vantagens do que aquelas que a lei lhes assegura em geral, se no seu país maiores vantagens forem asseguradas aos portugueses. E essa melhoria de vantagens refere-se aos *limites* das indemnizações determinadas na lei, isto é, às *percentagens* fixadas na mesma lei. Quere dizer, mediante o princípio da reciprocidade, os estrangeiros poderão obter, como indemnização, uma percentagem do salário superior à *percentagem normal* fixada na lei, desde que provem que, no seu país, um português, nas mesmas condições, obterá uma percentagem superior à percentagem normal da lei portuguesa.

4.º) *Pesca nas águas territoriais*. Como acima procuramos demonstrar ⁽²⁾, a lei 735, de 10 de julho de 1917, estabeleceu, quanto à pesca por embarcações estrangeiras em águas portuguesas, um princípio de reciprocidade combinado com um princípio de incapacidade.

c) *Igualdade condicionada*. Em princípio, a equiparação entre portugueses e estrangeiros em Portugal não está sujeita a qualquer condição. A certos respeito, porém, a equiparação foi subordinada pela lei a certas condições. É o que acontece nas colónias em matéria de concessões de terrenos do Estado ou de licenças para aproveitamento industrial da energia das águas correntes e se dá a respeito de certas formas da propriedade industrial.

1.º) *Concessão de terrenos nas colónias*. Não é uniforme em todo o ultramar português o regime da concessão de terras aos estrangeiros. Encontram-se nas leis reguladoras do assunto três variantes — o *regime geral* e dois *regimes especiais*, um para Moçambique, Angola, Índia e Guiné, e outro para Timor.

α) *Regime geral*. Este regime aparece na lei geral de concessões de 9 de maio de 1901 (artigos 42.º e 43.º), no regula-

(1) Segundo veremos em breve, o valor das restrições estabelecidas pela lei portuguesa quanto ao gozo pelos estrangeiros do direito de propriedade industrial é muito limitado pela circunstância de Portugal fazer parte da União administrativa internacional para a protecção da propriedade industrial.

(2) Supra, pág. 197.

mento de 2 de setembro do mesmo ano (artigos 23.º e 24.º), e nas instruções de 30 de outubro de 1902 (artigo 15.º, § 3.º).

Segundo estes diplomas, aos cidadãos portugueses originários é reconhecido o direito de receber concessões de terrenos do Estado com a simples condição de terem capacidade para contratar (Lei, art. 42.º; Reg., art. 23.º).

Estabelecem, porém, os mesmos diplomas certas *condições*, tanto a respeito dos estrangeiros naturalizados, como a respeito dos simples estrangeiros.

Quanto aos *estrangeiros naturalizados*, formulam duas condições: 1.º) declaração expressa de que se sujeitam às leis e tribunais portugueses em tudo que se relacione com a concessão; 2.º) que esta caducará *ipso facto*, sem direito de retenção, ou indemnização de espécie alguma, desde que o concessionário invoque a seu respeito e sob qualquer pretexto, lei, foro, jurisdição ou autoridade não portuguesa.

Quanto aos *simples estrangeiros*, acrescenta uma terceira condição, que é a residência em território português há mais de seis meses.

As condições que ficam apontadas foram mantidas pelo artigo 2.º e) do decreto de 15 de fevereiro de 1908 sobre a concessão de terrenos no ultramar para a cultura do algodão.

Sómente, portanto, mediante condições, os estrangeiros podem obter concessões de terrenos no ultramar, segundo o direito comum sobre o assunto.

β) *Regimes especiais*. Existem regimes especiais em Angola, na Guiné, na Índia, em Moçambique, e em Timor.

O primeiro regime especial foi estabelecido para Moçambique pelo regime provisório de concessões aprovado pelo decreto de 9 de julho de 1909, mandado aplicar a Angola pelo decreto de 11 de novembro de 1911. Esse regime era estabelecido no artigo 57.º do regime provisório de 1909 nestes termos: «Podem receber concessões de terrenos do Estado nos termos deste diploma: 1.º Os cidadãos portugueses com capacidade para contratar; 2.º Os estrangeiros quando declarem por forma expressa (modelo E) que se sujeitam a todos os preceitos actuais e futuros da legislação portuguesa, no que diz respeito a terrenos que pretendam e lhes sejam concedidos». E esta declaração abrangia não só a sujeição à lei portuguesa substantiva reguladora da concessão, mas ainda a sujeição aos tribunais portugueses, como se vê do modelo E junto ao regime provisório, e até a obrigação de sustentar e apoiar a autoridade constituída quando o auxílio do concessionário fôsse reclamado oficialmente, como se diz no final do mesmo modelo.

O preceito do artigo 57.º do regime provisório passou para o artigo 45.º do regulamento de concessões da província de Moçambique, aprovado pelo decreto n.º 3983, de 16 de março de 1918, e para o artigo 44.º do regulamento de concessões da província de Angola, aprovado pelo decreto n.º 5847-C, de 31

de maio de 1919, permanecendo, pois, nas duas províncias o regime anteriormente estabelecido. E o mesmo preceito foi transcrito no artigo 30.º do regime de concessões de terrenos no Estado da Índia (1), aprovado pelo decreto n.º 3602, de 24 de novembro de 1917, e no artigo 47.º do regime de concessões da província da Guiné, aprovado pelo decreto n.º 3641, de 29 do mesmo mês e ano.

Vigora assim um mesmo regime especial nas províncias de Angola, Guiné, Índia e Moçambique, o qual consiste na exigência ao concessionário estrangeiro da declaração de se sujeitar às leis e aos tribunais portugueses, no que respeita à concessão (2).

O regime especial de Timor é estabelecido no artigo 7.º do decreto de 1910, que é do teor seguinte: «O estrangeiro que pretenda obter uma concessão de terreno, além dos documentos exigidos aos nacionais, carecerá de juntar ao seu requerimento a declaração de que se sujeita às leis e tribunais portugueses, em tudo que se relacionar com a sua concessão, e documento comprovativo de estar domiciliado na colónia, à data em que fez o pedido».

É evidente que, em ambos os regimes especiais apontados, foi seguido o sistema da igualdade condicionada.

2.º *Concessão de energia hidráulica nas colónias.* A exigência da exclusiva submissão às leis e tribunais portugueses, que se vai convertendo em regra geral das concessões feitas a estrangeiros nas colónias, foi também estabelecida pelo artigo 7.º do decreto n.º 1143, de 3 de dezembro de 1914, sobre a concessão de energia hidráulica, onde se determina que, sendo o requerente estrangeiro, terá de juntar ao requerimento declaração autêntica, perante o cônsul da respectiva nacionalidade ou notário, de que se sujeita inteiramente às leis e tribunais portugueses, em tudo o que respeita à concessão e ao exercício das indústrias a que ela se referir, renunciando por completo a qualquer foro especial como estrangeiro.

3.º *Propriedade industrial.* Como já foi dito, a nossa

(1) Segundo o regime de concessões do Estado da Índia, quando à mesma concessão concorram portugueses e estrangeiros em igualdade de condições, devem ser *preferidos* os portugueses (art. 30.º, § único). É mais um caso de limitação da igualdade entre nacionais e estrangeiros no sentido da *preferência* concedida aos nacionais (Vide: Dr. Carneiro Pacheco, ob. cit., pág. 26; supra, pág. 186, nota 5).

(2) Condição semelhante à estabelecida no regime de concessões de terrenos em Angola, Guiné, Índia e Moçambique encontra-se no decreto de 21 de dezembro de 1911 sobre a concessão e transmissão de talhões e de edificações na povoação de Pôrto Amélia, onde se dispõe que, sendo o requerente estrangeiro ou procurador dele, juntará ao requerimento uma declaração escrita e reconhecida por notário público e com o visto do cônsul ou agente consular do país do declarante, de que, em todos os actos relativos ao aforamento, se sujeita às leis, aos regulamentos, e ao foro português, desistindo do foro da sua nacionalidade.

legislação adopta, no que respeita à atribuição aos estrangeiros do direito de propriedade industrial, ora o sistema da *igualdade pura*, ora o sistema da *igualdade condicionada*, ora o sistema da *reciprocidade*. Sabendo já em que foi seguida a reciprocidade, vejamos onde foram adoptados os outros sistemas.

O sistema da igualdade pura foi adoptado a respeito das patentes de invenção e das indicações de proveniência.

Quanto às patentes de invenção, mostra-o já claramente a letra do artigo 6.º da lei de 21 de maio de 1896, dizendo «pode ser concedida patente de invenção a *toda* *aquelle* que inventa etc.», por isso que esta fórmula genérica, visto tratar-se de um direito privado e dado o princípio de equiparação entre portugueses e estrangeiros estabelecido nos artigos 26.º do Código civil e 7.º do Código comercial, abrange, sem a mínima dúvida, os estrangeiros, e determina-o expressamente o artigo 2.º do regulamento de 28 de março de 1895, dispondo que pode ser concedida patente de invenção a «*toda* *o nacional ou estrangeiro* que inventou, etc.».

Quanto às indicações de proveniência, infere-se que o legislador sancionou o sistema da igualdade pura dos artigos 5.º e 198.º e seg. da lei de 1896, enquanto o primeiro declara, sem fazer distinção entre nacionais e estrangeiros, que o Estado garante a propriedade industrial e comercial pela cominação de penas aos que a ofendam por meio de concorrência desleal, e os segundos determinam os termos em que pode haver concorrência desleal em matéria de indicações de proveniência, sem atribuírem maiores direitos aos portugueses do que aos estrangeiros.

Relativamente a patentes de introdução de nova indústria e de novos processos industriais, registo de marcas de domiciliados, registo de nome industrial ou comercial, registo de recompensa, e depósito de desenhos ou modelos de fábrica, seguiu-se o sistema da igualdade condicionada.

Quanto a patentes de introdução de novas indústrias e de novos processos industriais, dispõem o artigo 5.º do decreto de 30 de setembro de 1892, ainda em vigor, por força do artigo 57.º da lei de 21 de maio de 1896, o artigo 19.º do decreto de 14 de junho de 1901, e o artigo 4.º do regulamento de 19 de junho de 1901 que os estrangeiros podem obter essas patentes assinando termo de ficarem sujeitos à legislação portuguesa e à exclusiva jurisdição das autoridades e tribunais portugueses, sobre o objecto da patente (1).

Os estrangeiros só poderão, pois, obter a patente sob a *condição* de fazerem a declaração exigida pela lei.

Em matéria de marcas de fábrica ou de comércio, o

(1) Conf. Lei n.º 805, de 5 de setembro de 1917 (art. 5.º), e decreto n.º 3751, de 2 de janeiro de 1918 (art. 11.º).

artigo 76.º da lei de 1896 iguala aos portugueses os estrangeiros domiciliados, e por isso o domicílio é condição de equiparação. No fundo, também a reciprocidade é uma condição de equiparação para os não domiciliados. Consideramos, porém, a reciprocidade em separado (pág. 201), pelo facto de a tal condição se ter atribuído o valor de constituir um sistema independente.

O direito de registar o nome industrial ou comercial é reconhecido pelo artigo 106.º da lei de 1896 a qualquer industrial ou comerciante português, ou estrangeiro domiciliado em Portugal, e por isso claramente subordinada a sua concessão a estrangeiros à *condição* do domicílio.

Quanto ao direito de registar recompensas, diz o artigo 134.º da referida lei que «qualquer industrial ou comerciante tem o direito de fazer registar os diplomas que hajam sido conferidos aos seus produtos em exposições nacionais ou estrangeiras», e por isso poderia parecer que a palavra *qualquer* abrange todo o comerciante português ou estrangeiro, sem distinção alguma. Todavia, o artigo 174.º do regulamento de 1895 determina que, «para o registo das recompensas é essencial o registo do nome», e, como o nome só pode ser registado pelo estrangeiro domiciliado em Portugal, segue-se que também apenas os domiciliados podem registar recompensas.

O direito de depositar desenhos e modelos de fábrica é assim estabelecido pelo artigo 157.º da lei de 1896: «Qualquer fabricante português ou estrangeiro, que tenha domicílio ou estabelecimento em Portugal e suas colónias, ou em algum dos países da União para a protecção da propriedade industrial, pode fazer depositar os seus *desenhos* ou *modelos* de fábrica, recebendo um *título de depósito* que lhes garante a propriedade desse desenho ou modelo, quando satisfaça os preceitos exigidos nesta lei». Este preceito, apesar da posição da vírgula que separa as palavras *português* ou *estrangeiro* da oração incidente que *tenha domicílio etc.*, que poderia induzir a crer que a condição *domicílio* ou *estabelecimento* foi estatuída tanto para portugueses como para estrangeiros, deve ser entendido no sentido de que a condição afecta simplesmente os estrangeiros: 1.º porque nunca a lei subordinou o reconhecimento a portugueses de qualquer outra forma de propriedade industrial à condição de domicílio; 2.º porque se não compreenderia que, para um português, devesse valer mais o domicílio num dos Estados da União do que em qualquer outro Estado.

O que fica dito acêrca do direito de propriedade industrial não se aplica senão aos estrangeiros que não sejam nacionais dos Estados que fazem parte da União para a protecção da propriedade industrial. Esta União é hoje regulada pela convenção de Washington de 2 de junho de 1911, que foi assinada por Portugal, tendo sido aprovada pela lei de 31

de março de 1913, e foi ratificada por carta de 1 de julho do mesmo ano, entrando em vigor, nas relações de Portugal com os outros Estados unionistas, um mês depois da data do depósito da ratificação (art. 18.º).

Os artigos 2.º e 3.º estabelecem preceitos que modificam muito o nosso direito comum sobre a condição dos estrangeiros. Eis a sua letra: «Art. 2.º Os súbditos ou cidadãos de cada um dos países contratantes gozarão em todos os outros países da União, no que respeita às patentes de invenção, aos modelos de utilidade, aos desenhos ou modelos industriais, às marcas de fábrica ou de comércio, ao nome comercial, às indicações de proveniência e à repressão da concorrência desleal, das vantagens que as leis respectivas concedem actualmente ou concederem de futuro aos nacionais. Por consequência, terão a mesma protecção que estes, e o mesmo recurso legal contra qualquer ofensa feita aos seus direitos, sob reserva do cumprimento das condições e formalidades impostas aos nacionais. Nenhuma obrigação de domicílio ou de estabelecimento no país onde seja reclamada a protecção poderá ser imposta aos cidadãos dos países da União. Art. 3.º Serão equiparados aos súbditos ou cidadãos dos países contratantes os súbditos ou cidadãos dos países que não fazem parte da União, se forem domiciliados ou tiverem estabelecimentos industriais ou comerciais efectivos e sérios no território de um dos países da União».

Vê-se destes preceitos que a convenção não só equiparou os súbditos dos Estados contratantes, mas equiparou nestes os súbditos dos Estados não contratantes quando tenham domicílio ou estabelecimento industrial ou comercial em algum dos Estados contratantes.

E, se atendermos a que a União abrangia em 1 de janeiro de 1921, além de Portugal (com os Açores e Madeira), a Alemanha, Áustria, Bélgica, Brasil, Cuba, Dinamarca (com as ilhas Feroë), República Dominicana, Espanha, Estados Unidos, França (com a Argélia e colónias), Holanda (com as Índias neerlandesas, Surinam e Curaçao), Hungria, Inglaterra (com a Austrália, Ceilão, Nova Zelândia, Trinidad e Tobago), Itália, Japão, Marrocos (protectorado francês), México, Noruega, Polónia, Rumania, Sérvia, Suécia, Suíça, Tcheco-Slovaquia e Tunísia, isto é, 26 Estados (1), resulta claramente que a mesma convenção restringe muito a esfera de aplicação da nossa lei comum, por isso que, onde a lei comum estabelece a reciprocidade ou a igualdade condicional, veio estabelecer o princípio da igualdade nas relações com os Estados contratantes.

52 — O direito português, assim como se conforma com o princípio do reconhecimento da personalidade jurídica dos

(1) *La propriété industrielle*, Berne, 1921, pág. 1 e 2

estrangeiros, assim também se harmoniza com o princípio de que os nacionais dos outros Estados devem ser reconhecidos como *peçoas estrangeiras* com deveres para com esses Estados, cujo cumprimento o Estado local não deve estorvar, antes facilitar, por virtude do laço de solidariedade que liga os povos civilizados, e com o direito de que, sob determinados aspectos, lhes sejam applicadas as leis do seu país. E assim é que: 1.º os estrangeiros não estão sujeitos ao serviço militar (1); 2.º não podem naturalizar-se portugueses sem que provem que cumpriram as leis do recrutamento militar do seu país (2); 3.º são recebidos e cercados das garantias estabelecidas pelo direito internacional agentes diplomáticos e consulares estrangeiros (3), em cujas funções entra sempre a protecção dos seus nacionais; 4.º existem numerosos tratados de extradição, pelos quais Portugal se tem obrigado a entregar ao Estado de origem ou a terceiros estados os criminosos que se evadam à perseguição criminal ou ao cumprimento da pena; 5.º tanto o Código civil (art. 27.º), como o Código commercial (art. 12.º), mandam regular o estado e capacidade dos estrangeiros pela lei do seu país; 6.º nunca o simples facto de o estrangeiro residir em Portugal conduz à imposição da nacionalidade portuguesa; 7.º os próprios filhos de estrangeiros que nasçam em Portugal podem deixar de ser portugueses, se, por si, ou por seus representantes, quando menores, declararem que não querem seguir a nacionalidade portuguesa (Cód. civil, art. 18.º, n.º 2.º, e § 1.º). É pois certo que as leis portuguesas, se reconhecem a personalidade jurídica dos estrangeiros, consideram estes como pessoas estrangeiras e fixam à sua equiparação aos súbditos portugueses os limites exigidos pelo respeito devido ao Estado de origem dos mesmos estrangeiros.

53—Para ultimarmos o estudo sobre a condição dos estrangeiros em Portugal, faremos algumas considerações acerca dos direitos dos operários estrangeiros, precedendo-as da referência da cooperação de Portugal no movimento de formação da legislação internacional do trabalho e das repercussões que esse movimento tem tido no desenvolvimento do direito operário português.

Portugal fez-se representar em todas as conferências diplomáticas que, antes da Conferência da paz, se occuparam da

legislação internacional do trabalho, isto é, na conferência de Berlim de 1890 e nas conferências de Berne de 1905, 1906 e 1913 (1); teve representação na Conferência da paz, que elaborou a *organização internacional* destinada a promover o desenvolvimento e a assegurar a execução das leis de protecção do trabalho, e bem assim elaborou a *carta do trabalho*; assinou e ratificou o tratado de Versailles, onde se contém as deliberações da Conferência; e enviou representantes à conferência internacional do trabalho de 1919, de Washington, que começou a realizar o programa traçado pela Conferência da paz. Portugal integrou-se portanto, plenamente, no movimento official tendente à constituição da chamada legislação internacional do trabalho. E são visíveis os resultados da sua cooperação naquele movimento, como se vê dos seguintes factos: a) assinatura e ratificação da convenção de Berne de 26 de setembro de 1906, sobre a prohição do trabalho nocturno das mulheres empregadas na indústria (2); b) publicação do decreto de 24 de junho de 1911, que regulou a execução daquela convenção, determinando as condições em que é prohibido o trabalho nocturno às mulheres empregadas na indústria; c) publicação do decreto n.º 756, de 15 de agosto de 1914, que, em harmonia com o voto emitido pela conferência de Berne em 15 de setembro de 1913, autorizou provisoriamente o trabalho nocturno das mulheres nas fábricas de conserva de peixe, legumes e fructas; d) proposta de lei, apresentada à câmara dos deputados pelo ministro do trabalho (3), sobre o trabalho das mulheres e menores na indústria, proposta que é claramente baseada sobre três projectos de convenção adoptados na conferência de Washington—o projecto relativo ao trabalho das mulheres antes e depois do parto, o relativo ao trabalho nocturno das mulheres na indústria, e o relativo à fixação do mínimo da idade de admissão dos menores no trabalho industrial (4). Pode, pois, dizer-se que Portugal tem procurado e procura traduzir nas suas leis os principios de justiça proclamados pelas conferências diplomáticas sobre a organização do direito operário.

Passando ao estudo da condição dos operários estrangeiros em Portugal, vejamos qual seja o estado do direito português: a) quanto à admissão e tratamento da mão de obra estrangeira; b) quanto à regulamentação administrativa do trabalho; c) quanto ao direito de associação; d) quanto às instituições de previdência; e) e quanto à resolução dos conflitos do trabalho.

(1) Supra, pág. 152 e 153.

(2) Carta régia de 19 de dezembro de 1908.

(3) A proposta, que não tem data, foi publicada no *Diário do Govêrno*, 11 série, n.º 24, de 29 de janeiro de 1921.

(4) Supra, pág. 158.

(1) Constituição, art. 68.º; Dec. de 2 de março de 1911, art. 10.º, 11.º, § 1.º, 17.º, n.º 12.º e 21.º; Reg. de 23 de agosto de 1911, art. 2.º e 50.º, n.º 2.º, 51.º, n.º 7.º.

(2) Dec. de 2 de dez. de 1910, art. 1.º.

(3) Vide: alvará de 11 de dezembro de 1748; Código civil, art. 18.º, n.º 2.º; Código penal, art. 189.º; Código do processo civil, art. 184.º e 266.º, n.º 4.º; Reg. de julho de 1896, art. 5.º, n.º 1.º e 2.º; Dec. de 14 de outubro de 1851 e carta de lei de 10 de maio de 1892, art. 7.º, § único.

Afora as disposições-*conselho* que se lêem no tratado de paz de Versailles, que acima indicámos, nenhum tratado de trabalho plurilateral ou bilateral regula as relações de Portugal com as potências acêrca da condição jurídica dos operários estrangeiros. A nossa investigação limita-se, pois, ao que estabelecem as leis internas portuguesas.

a) Os operários estrangeiros *podem entrar* em Portugal nos mesmos termos em que o podem fazer quaisquer estrangeiros, não sendo a sua admissão limitada por quaisquer medidas tendentes a proteger o trabalho nacional. Não contém disposição alguma restritiva a seu respeito os diplomas reguladores do ingresso de estrangeiros no país.

Igualmente *podem trabalhar* no país, sem que o seu trabalho esteja sujeito a qualquer encargo que não pese sobre os trabalhadores nacionais.

b) O princípio de igualdade entre operários nacionais e estrangeiros domina também, expressa ou tácitamente, as leis que entre nós têm estabelecido a *regulamentação administrativa do trabalho*. O decreto de 14 de abril de 1891, que regulou o trabalho dos menores e das mulheres nos estabelecimentos industriais, declara expressamente (art. 1.º) que as suas disposições são applicáveis aos menores e às mulheres de *qualquer nacionalidade*, e o mesmo faz a lei n.º 297, de 22 de janeiro de 1915 (art. 1.º), que deu nova redacção a alguns artigos do referido decreto. E no mesmo sentido devem ser entendidos os demais diplomas sobre a regulamentação administrativa do trabalho, que não fazem nunca distincção entre nacionais e estrangeiros e que regulam o exercício de um direito público — o direito de trabalho — que é reconhecido tanto a nacionais como a estrangeiros.

c) Quanto ao *direito de associação*, a igualdade mantém-se como princípio, mas existe uma limitação a respeito da constituição dos corpos gerentes das associações de classe. No continente e ilhas, os operários estrangeiros não podem entrar nesses corpos gerentes (1) e, no ultramar, só aí podem entrar na razão de um fêrço (2).

d) A *previdência operária* pode revestir as duas fórmulas de: 1.º *previdência-economia*; 2.º *previdência-seguro*.

1.º) A *previdência-economia* ainda pode ser meramente *privada*, ou *oficial*, segundo se realiza em instituições particulares ou em instituições do Estado.

A *economia privada* pode ser organizada pelas associações de classe, às quais a lei faculta criar *caixas económicas* (Dec. de 9-v-1891, art. 4.º, n.º 5.º, e Lei de 1-viii-1899, art. 1.º), ou pelas próprias empresas industriais, pois que nenhuma lei as

inibe de o fazer. Nas caixas económicas das associações de classe podem os operários estrangeiros depositar as suas economias, visto que podem fazer parte dessas associações e nenhuma disposição de lei os priva de tal faculdade. O regime das caixas económicas de empresas particulares depende destas empresas, mas é natural não privar os operários estrangeiros dos seus benefícios.

A *economia oficial* realiza-se na *Caixa económica portuguesa*, cuja lei orgânica (Reg. de 9-xii-909, art. 127.º) permite fazer depósitos a *qualquer pessoa*, e portanto também aos operários estrangeiros, e na *Caixa económica postal*, regulada pelo decreto de 24 de maio de 1911, que está concebido em termos igualmente genéricos (art. 70.º).

A *previdência-seguro* reveste as duas formas de — *seguro livre*, nas *associações de socorros mutuos*, que podem ser criadas, quer directamente pelos interessados (Dec. de 2-x-1896, art. 1.º e 5.º), quer pelas associações de classe (Lei de 1-viii-1899, art. 1.º), quer pelas cooperativas (Lei n.º 599 de 1-vi-1916, art. 1.º), e nas sociedades mútuas de seguros, que podem ser constituídas imediatamente pelos interessados (Dec. de 21-x-1907, art. 12.º) ou pelas cooperativas (Lei n.º 599 de 14-vi-1916, art. 1.º), — e de *seguro obrigatorio*, nas quatro modalidades de *seguro-doença*, *seguro-desastres*, *seguro-invalidez*, *velhice e sobrevivência*, e *seguro-chômage*, o qual foi estabelecido pelos decretos n.ºs 5636, 5637, 5638 e 5639, de 10 de maio de 1919, cuja integral execução representará um real progresso da previdência operária em Portugal.

No *seguro livre*, como êle pode ser praticado pelas associações de socorros mútuos e pelas sociedades mútuas de seguros, nenhuma diferença se estabelece entre nacionais e estrangeiros, pelo que deve entender-se que dele podem aproveitar os operários estrangeiros nos mesmos termos que os nacionais.

Quanto ao *seguro obrigatorio*, importa distinguir entre o *seguro-doença*, o *seguro-invalidez*, *velhice e sobrevivência* e o *seguro-chômage*, de um lado, e o *seguro-desastres*, do outro.

Nas disposições legais relativas às três primeiras formas de *seguro obrigatorio*, não só se não estabelece diferença entre trabalhadores nacionais e trabalhadores estrangeiros, mas as fórmulas da lei são tão genéricas (Dec. 5636, art. 1.º e 3.º; Dec. 5638, art. 1.º, 2.º e 3.º; e decreto 5639, art. 2.º e 21.º), que não pode deixar de entender-se que elas abrangem os estrangeiros (1).

(1) O *seguro-chômage* funcionará sob a direcção das *Bólsas sociais de trabalho*, criadas pelo decreto n.º 5639, de 10 de maio de 1919 (art. 27.º). Os estrangeiros não podem ser eleitos para as comissões administrativas das Bólsas (Dec. cit., art. 17.º), o que encontra explicação no facto de os membros daquelas comissões serem, em certo modo, funcionários públicos,

(1) Decreto de 9 de maio de 1891, art. 7.º, § único.

(2) Decreto de 10 de outubro de 1901, art. 7.º, § único.

Quanto ao seguro contra os desastres no trabalho, aparecem ligeiras diferenças entre nacionais e estrangeiros, como se vê da letra do artigo 24.º do decreto n.º 5637, assim redigido: «Os operários e empregados vítimas de um desastre de trabalho ou os seus representantes perderão o direito a qualquer pensão desde que deixem de residir no território português. Se, porém, forem estrangeiros, terão direito a receber por uma só vez, no momento de se ausentarem de Portugal, o triplo da pensão anual que lhes tenha sido fixada. Neste último caso, sendo menores de mais de onze anos, apenas deverão receber uma indemnização igual às pensões que lhes restavam receber se continuassem residindo em Portugal. § 1.º Os representantes estrangeiros de um operário estrangeiro não receberão indemnizações algumas se não residirem em território português na ocasião do desastre. § 2.º Estas disposições poderão ser alteradas nos limites das indemnizações determinadas neste decreto com força de lei para os estrangeiros cujos países garantirem vantagens equivalentes para os operários portugueses». Neste preceito aparecem duas diferenças entre nacionais e estrangeiros, uma contra os estrangeiros, enquanto se estabelece que os representantes estrangeiros de operários estrangeiros não têm direito a indemnizações se não residirem em território português ao tempo do desastre, o que representa uma *incapacidade* de difícil justificação, e outra contra os portugueses, enquanto o preceito determina que os portugueses perdem a pensão se deixarem de residir em território português, ao passo que os estrangeiros a conservam, dando-se assim uma espécie de *privilégio* ⁽¹⁾ em benefício dos estrangeiros, que também não encontra fácil justificação.

e) Como era justo, nenhuma diferença estabelecem as nossas leis entre operários nacionais e estrangeiros perante as instituições destinadas a resolver os *conflitos do trabalho*, como são as *juntas de conciliação*, criadas pelo decreto de 17 de agosto de 1912, os *tribunais de árbitros avindores*, criados pela lei de 14 de agosto de 1889, os *tribunais de desastres no trabalho*, criados pela lei n.º 834, de 23 de julho de 1913, e mantidos pelo decreto n.º 5637, de 10 de maio de 1919, e os *tribunais arbitrais de previdência social*, criados pelo decreto n.º 5636, de 10 de maio de 1919. Todas estas instituições aproveitam tanto a nacionais como a estrangeiros.

com remuneração paga pelo orçamento do Estado (Dec. cit., art. 5.º, §§ 1.º e 2.º, e art. 28.º), e exercerem portanto um direito político, isto é, um direito daqueles de que os estrangeiros são, em princípio, excluídos.

⁽¹⁾ Encontra-se também uma situação de privilégio dos estrangeiros no art. 513.º do Código do Registo Civil, que torna facultativa a precedência do registo civil para que possa realizar-se o baptismo, o casamento ou enterramento religioso de um estrangeiro que nunca tenha sido português, precedência obrigatória para os cidadãos portugueses (Vide: Dr. Carneiro Pacheco, ob. cit., pág. 55).

Poderão, porém, os operários estrangeiros fazer parte das mesmas instituições, à semelhança do que estabeleceu o tratado de trabalho franco-italiano de 1919?

Quanto aos tribunais de desastres no trabalho, não pode haver hesitações. Os presidentes desses tribunais devem ser bachareis em direito propostos pelas câmaras e nomeados pelo Governo e os vogais devem ser *cidadãos nacionais* inscritos nas associações de classe (Reg. de 9 de março de 1918, art. 51.º e 58.º), o que exclui claramente os operários estrangeiros.

Quanto às juntas de conciliação, parece-nos que os operários estrangeiros podem ser *eleitores* dessas juntas e podem para elas ser *eleitos*.

Em verdade, os eleitores são normalmente os sócios das respectivas associações de classe, sem restrições (Dec. de 17 de agosto de 1912, art. 7.º), e os operários estrangeiros podem, como vimos, fazer parte dessas associações, e para as juntas podem ser eleitos, também sem restrições, indivíduos de ambos os sexos do grémio dos patrões e do grémio dos operários (Dec. cit., art. 2.º).

Demais, as juntas de conciliação não exercem propriamente uma função do poder público, mas uma simples *função de pacificação* (Dec. cit., art. 1.º), e por isso a admissão dos operários estrangeiros na sua constituição não pode obstar o princípio geral de que os estrangeiros não gozam em Portugal de direitos políticos.

Os tribunais de árbitros avindores exercem uma *função jurisdicional* (Dec. de 1889, art. 2.º, 4.º, 8.º e 9.º), são verdadeiros *tribunais de justiça*, e por isso os seus membros devem ser cidadãos portugueses, pela decisiva razão de que os estrangeiros não podem exercer funções públicas nem gozam de direitos políticos (Dec. de 2-XII-1910, art. 3.º).

Para se admitir doutrina diferente, seria necessário que a lei de modo expresso determinasse que os estrangeiros podiam fazer parte dos referidos tribunais. Ora, como não existe preceito expresso nesse sentido, deve aplicar-se o princípio geral da exclusão dos estrangeiros do exercício de funções públicas.

Igual doutrina deve seguir-se a respeito dos *tribunais arbitrais de previdência social*.

Estes tribunais têm atribuições que ou já foram da competência dos tribunais administrativos (Cod. adm. de 4 de maio de 1896, art. 325.º, n.º 8.º; dec. n.º 5636, art. 61.º, n.ºs 1.º e 2.º), ou são da índole daquelas que pertencem aos tribunais criminaes, enquanto podem impor multas até 20\$00 (Dec. cit., art. 62.º e 66.º), e por isso é evidente que desempenham uma função pública e exercem um direito político, funções e direitos de que os estrangeiros devem considerar-se sempre privados, a não ser que de modo explícito a lei estabeleça o contrário, o que, neste caso, não acontece.

SECÇÃO II

Pessoas colectivas

§ I

Nacionalidade

SUMÁRIO. 54 — Conceito e natureza da personalidade colectiva. 55 — Classificação das pessoas colectivas. I — Princípios doutrinários. Corporações e fundações. Pessoas colectivas de direito público e pessoas colectivas de direito privado. II — Direito português. Pessoas morais e sociedades. 56 — Conceito e alcance da nacionalidade das pessoas colectivas. 57 — Nacionalidade das pessoas colectivas de direito público. 58 — Nacionalidade das pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública. 59 — Nacionalidade das pessoas colectivas de direito privado e fim lucrativo. I — Princípios doutrinários. II — Direito português. 60 — As pessoas colectivas e a mudança de nacionalidade ou a dupla nacionalidade.

54 — A par com as *pessoas singulares*, também chamadas *pessoas naturais* ou *pessoas físicas*, são reconhecidas pela ordem jurídica nos diversos Estados as *pessoas colectivas*, como lhe chama a nossa lei (Cód. civil, art. 382.^o), também designadas no direito positivo ou na doutrina *pessoas jurídicas* ou *pessoas morais* ⁽¹⁾.

Este facto do reconhecimento geral das pessoas colectivas fez nascer no direito internacional privado uma série de problemas paralelos aos problemas relativos às pessoas singulares. Respeitam tais problemas à *nacionalidade* das pessoas colec-

(1) Na nossa terminologia jurídica, as duas expressões *pessoas colectivas* e *pessoas jurídicas* têm o mesmo significado, abrangendo quaisquer corporações ou fundações dotadas de individualidade jurídica. A fórmula *pessoas morais* compreende apenas as corporações e fundações que se propõem algum fim de utilidade pública exclusivamente ou um fim de utilidade pública e particular conjuntamente (Cód. civil, art. 32.^o). Todavia, na linguagem jurídica de outros países, como em França, aquela fórmula *pessoas morais* tem um sentido genérico, como entre nós as fórmulas *pessoas colectivas* ou *pessoas jurídicas*. Empregaremos de preferência a fórmula *pessoas colectivas*, não só por ser a expressão usada pelo Código civil, mas também porque essa fórmula corresponde rigorosamente ao fim da nova forma de personalidade, que é a organização jurídica dos interesses comuns de um grupo de pessoas, e porque a personalidade é sempre um produto da ordem jurídica, não sendo mais jurídica a personalidade das corporações ou fundações do que a personalidade dos indivíduos.

tivas, ao seu *reconhecimento internacional* e à sua *capacidade* de gozo de direitos em país estrangeiro. Estudaremos todos estes problemas, mas, por exigências da clareza necessária à nossa exposição, antepor-lhe hemos algumas considerações acerca da natureza e da classificação das pessoas colectivas. A natureza das pessoas colectivas não tem sido indiferente na discussão do seu reconhecimento internacional, nem a teoria do reconhecimento ou da capacidade daquelas pessoas é uniforme a respeito de todas as classes em que elas se agrupam, e por isso importa fixar ideias acerca tanto da natureza como da classificação das pessoas colectivas.

A personalidade colectiva é um facto permanente na história do direito e um facto constante no direito actual dos povos cultos. Na sua simplicidade, esse facto consiste na existência de corporações ou fundações dotadas de individualidade jurídica pelo direito objectivo, isto é, dotadas da susceptibilidade de gozo e exercício de direitos. E assim é que o Estado, os municípios, os institutos públicos, os estabelecimentos de beneficência, as sociedades anónimas, etc., podem contratar e podem ter um património, como acontece com os indivíduos, sendo-lhes atribuída a personalidade jurídica em termos mais ou menos semelhantes àqueles em que é reconhecida aos mesmos indivíduos.

Não nos embrenharemos na discussão do complexo, embora interessante, problema da natureza das pessoas colectivas. Seria uma investigação incompatível com as proporções deste trabalho.

Não deixaremos, porém, de dizer que — entre os três sistemas que dividem os escritores acerca da resolução do problema, o *sistema da ficção*, para o qual a personalidade colectiva não passa de um artificio legal, a que não corresponde qualquer realidade social e jurídica, o *sistema da personalidade aparente*, que ou prescinde da ideia de personalidade para explicar a existência do património das pretendidas pessoas colectivas, substituindo-a pela teoria dos direitos sem sujeito e afirmando que os bens podem, não só pertencer a *alguém*, mas também podem pertencer a um *fim*, que nem por isso é uma pessoa, ou atribui o mesmo património aos indivíduos, que compõem a pessoa colectiva, não passando esta de um simulacro de personalidade, e o *sistema da realidade*, que considera as pessoas colectivas como entidades reais e distintas dos indivíduos que as constituem — nos decidimos por este último sistema.

Consideramos, em verdade, a personalidade colectiva uma *realidade jurídica* irrecusável, correspondente a uma *realidade social* também irrecusável.

A realidade social que impõe à ordem jurídica o reconhecimento da personalidade colectiva é a existência de *interesses humanos* que são *comuns* a um grupo maior ou menor de indi-

vídios e que o indivíduo isolado não pode realizar, já porque a sua actividade é para isso limitada, já porque a comunidade dos interessados é demasiadamente extensa e pouco determinada, de modo que um só indivíduo não poderia coordenar os respectivos interesses, já porque ao indivíduo pode faltar o espírito de dedicação e sacrifício para fazer seus, em proveito dos outros, êsses interesses. Diante, por um lado, da realidade social *interesses comuns* e, por outro lado, da *insuficiência da actividade individual* para os realizar, reconheceu a ordem jurídica a categoria *pessoa colectiva*, para o efeito de organizar e realizar devidamente aqueles interesses. Ao lado da *personalidade singular*, que é um produto da ordem jurídica, pois que o indivíduo não é pessoa por natureza, mas porque a lei lhe atribui a personalidade, apareceu a *personalidade colectiva*, um produto também da ordem jurídica, cujo substracto são os interesses comuns dos grupos humanos, como substracto da personalidade individual é a realidade físiopsicológica do ser humano, realidade que é mais visível, mas não é mais certa do que os interesses comuns dos grupos sociais.

Sendo assim, « a pessoa colectiva é, como escreve Otto Mayer, inteiramente igual à pessoa singular. É, como esta, um produto da ordem jurídica; não é mais moral, nem mais jurídica do que ela, nem mais fíctícia, nem mais imaginária. A diferença só existe no que se esconde atrás dela: além, encontramos um indivíduo determinado, para quem a personalidade tem o destino de realizar todos os seus interesses; aqui, encontramos uma pluralidade indeterminada de indivíduos, para quem a personalidade realiza um grupo determinado de interesses que êles têm em comum » (1).

55 — As pessoas colectivas não apresentam todas a mesma *estrutura*, nem se propõem todas idêntico *fim*. A diversidade de estrutura e a diversidade de fim dão naturalmente lugar a uma dupla classificação das pessoas colectivas.

1 — *Classificação doutrinal*. Quanto à estrutura, classificam-se em *corporações e fundações* e, quanto ao fim, classificam-se em *pessoas colectivas de direito público e pessoas colectivas de direito privado*.

a) *Corporações e fundações*. Toda a pessoa colectiva supõe a existência de dois elementos — um *grupo de pessoas* com interesses comuns, e uma *organização* destinada a representar êsses interesses.

(1) *Le droit administratif allemand*, tom. IV, pág. 254 e 255. Conf. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, I, pág. 16 e seg.; Pillet, *Des personnes morales en droit international privé*, pág. 17 e seg.; *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 40, n.º 1735 e seg.; Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2.º ed., tom. I, 1921, pág. 346 e seg.

Umaz vezes, é a própria colectividade dos interessados que se propõe a realização de um fim comum e por si mesma regula, com maior ou menor independência, a prossecução dêsse fim. Em tal caso, é da mesma colectividade que saem os órgãos que não de representá-la e realizar os seus interesses. Esta forma de pessoa colectiva denomina-se *corporação*, a qual é, no fundo, uma associação de indivíduos que se propõem a realização de um fim comum, com uma organização adequada, constituída em harmonia com a lei, para a realização dêsse fim.

Outras vezes, porém, a colectividade dos interessados limita-se a ser destinatária ou beneficiária da personalidade, sendo a *representação* da mesma colectividade organizada em harmonia com a vontade do *fundador* ou com a lei. Esta segunda forma de personalidade colectiva chama-se *fundação* (1).

Há uma fundação sempre que se dá a afectação perpétua de bens ou valores a um determinado fim, como acontece com a criação de um asilo, de uma escola, de um hospital ou de qualquer instituição semelhante, por que se destina um património a um serviço que aproveita a certa colectividade de indivíduos, como as crianças, os velhos ou os doentes de determinada circunscrição territorial.

A fundação não representa, porém, sempre uma pessoa colectiva. Só a representa quando tem uma administração autónoma e se lhe atribui individualidade jurídica, isto é, quando se conjugam os três elementos — afectação de bens a um fim, administração autónoma e atribuição de individualidade jurídica.

b) — *Pessoas colectivas de direito público e pessoas colectivas de direito privado*. Se em vez de se atender à *estrutura* das pessoas colectivas, se atender ao seu *fim*, verifica-se que elas se propõem ou gerir um *serviço público*, isto é, um *fim de administração pública*, ou realizar interesses comuns a um grupo de pessoas fora da organização administrativa do Estado ou das autarquias locais.

As pessoas colectivas do primeiro grupo são de *direito público*, pois que a êste direito compete regular a organização e a execução dos serviços públicos.

Nas do segundo grupo, há algumas que são evidentemente de *direito privado*. São todas aquelas que se propõem um *fim lucrativo*, isto é, as sociedades civis e comerciais. Semelhantes pessoas colectivas apenas realizam interesses dos indivíduos considerados como simples particulares e por isso entram sem dúvida na esfera de acção do direito privado (Cód. civil, art. 3.º).

Outras, porém, embora fundadas pela iniciativa particular, realizam um fim *desinteressado*, como a beneficência ou a instrução, que são fins de natureza semelhante à dos desempenhados

(1) Michoud, ob. cit., II, pág. 187; Otto Mayer, ob. cit., pág. 377.

pelas pessoas colectivas de direito público. Não é um *fim de lucro*, mas um *fim de utilidade pública* que elas realizam, e daí as dificuldades e as dúvidas na sua classificação. Contudo, porque a administração pública é, como nota Otto Mayer ⁽¹⁾, a esfera de aplicação do direito público e porque as pessoas colectivas que se não integram na administração pública são reguladas na sua constituição, na sua acção e na sua extinção por forma diferente daquela por que se regulam as que da administração pública fazem parte, a doutrina preponderante é no sentido de as considerar de direito privado.

Mas, uma vez assente que é pelo fim que as pessoas colectivas se classificam em pessoas colectivas de direito público e pessoas colectivas de direito privado, ainda cada um dos grupos é susceptível de uma *classificação interna*.

As pessoas colectivas de direito público ou são *corporações de população e território* (o Estado e as autarquias locais), que compreendem *toda a população* de um determinado território e representam o *conjunto* dos interesses colectivos dessa população, ou são estabelecimentos destinados à execução de um *serviço público determinado*, como o ensino superior (Universidades e Faculdades) e a assistência aos doentes pobres (hospitais), os quais são caracteristicamente *fundações públicas*, personalizadas para a realização de um serviço público determinado, dando-se lhes geralmente o nome de *estabelecimentos públicos* ou de *institutos públicos personalizados*.

As pessoas colectivas de direito privado formam também duas grandes categorias, segundo se propõem um *fim desinteressado* ou miram a realizar um *interesse* dos associados.

Ao primeiro grupo pertencem todas as corporações ou fundações cujo fim não é qualquer interesse de quem as constitui ou de quem as cria, mas um simples *fim humanitário*, como a beneficência ou a instrução.

Do segundo grupo fazem parte todas as associações que procuram realizar um *interesse de qualquer natureza* para os associados.

Todavia, o interesse a realizar não é sempre igual, e daí ainda a diferenciação das pessoas colectivas desse grupo, conforme se trata de um *interesse ideal*, como nas associações científicas, literárias, artísticas, de recreio e de desporto, ou do *interesse económico de uma classe*, como nas associações de classe, sindicatos agrícolas e associações de socorros mútuos, ou de um *fim meramente lucrativo*, pela repartição de lucros entre os sócios, como nas sociedades civis e comerciais.

De modo que as pessoas colectivas de direito privado formam duas classes — pessoas colectivas de *fim desinteressado* e pessoas colectivas de *fim interessado*, isto é, um fim de

interesse dos sócios; as pessoas de fim interessado ainda são de *fim ideal* ou de *fim económico*; e as de fim económico, por seu turno, são ou de *fim não lucrativo*, ou de *fim lucrativo*.

As pessoas colectivas de fim desinteressado revestem a forma tanto de corporações como de fundações, ao passo que as de fim interessado revestem sempre a forma de corporações.

Ainda é de notar que as corporações de fim desinteressado, bem como as corporações de fim ideal e de fim económico não lucrativo, se denominam geralmente *associações*, dando-se o nome de *sociedades* às corporações de fim lucrativo. Embora por vezes também a certas associações se chame sociedades, designadamente às de fim ideal, são aquelas designações as mais rigorosas, nunca às sociedades se chamando associações ⁽²⁾.

II) *Direito português*. A legislação portuguesa, como acontece com a legislação de todos os povos cultos, reconhece as pessoas colectivas, e até lhes dá esta mesma designação (Cód civil, art. 382.º).

Não encontramos aí, porém, nem a classificação dessas pessoas em corporações e fundações, como já aparece nos códigos civis alemão (art. 21.º e seg.) e suíço (art. 52.º e seg.), nem vestígios da classificação em pessoas colectivas de direito público e pessoas colectivas de direito privado, reconhecida naqueles dois códigos (alemão, art. 89.º; suíço, art. 52.º, alínea 2.ª) e consagrada pelo Código civil brasileiro (art. 13.º a 16.º). É certo que, no artigo 37.º do Código civil, que se lê no título das *pessoas morais*, se fala em *fundações*, o que mostra que o legislador admitiu esta forma de pessoas colectivas, e que, nos artigos 32.º, 33.º, 34.º e 35.º, se fala em *corporações*. Não é contudo para contrapor à categoria *corporações* a categoria *fundações*, até parecendo que o autor do Código quis significar pela palavra *corporações* a ideia de *fundação*, pois contrapõe aquela palavra à palavra *associações*. E a mesma confusão se nota na legislação administrativa, pois se diz no § único do artigo 253.º do Código administrativo de 4 de maio de 1896, que respeita à tutela da autoridade administrativa sobre as associações ou institutos de beneficência, e ainda em vigor: «são consideradas *corporações administrativas*, nos termos e para os efeitos deste Código, todas as corporações, associações e institutos de piedade e beneficência, sujeitas à inspecção do governador civil, conforme o disposto neste artigo». É evidente que nesta disposição a palavra *corporações* compreende tanto as corporações propriamente ditas como as fundações.

(1) Sobre a classificação das pessoas colectivas, vide: Michoud, I, pág. 181 e seg.; Pillet, ob. cit., pág. 4 e seg.; *Revista cit.*, ano cit., n.º 174.º e seg.

(1) Ob. cit., pág. 260.

Mas, se a lei portuguesa não formulou nenhuma das classificações doutrinárias que acima indicámos, adoptou contudo uma classificação, que não só tem certo fundamento objectivo, mas tem valor jurídico tanto em direito interno como em direito internacional privado, e que por isso vamos indicar. É a classificação que resulta dos artigos 32.º e 39.º do Código civil, assim redigidos: «Art. 32.º Dizem-se pessoas morais as associações ou corporações temporárias ou perpétuas, fundadas com algum fim ou por algum motivo de utilidade pública e particular conjuntamente, que nas relações civis representam uma individualidade jurídica. Art. 39.º As associações de interesse particular são reguladas pelo contrato de sociedade». Segundo estes preceitos, as pessoas colectivas classificam-se em três grupos — pessoas colectivas de *utilidade pública*, pessoas colectivas de *utilidade pública e particular conjuntamente*, e pessoas colectivas de *mera utilidade particular*. As pessoas colectivas dos dois primeiros grupos denomina-as o artigo 32.º *pessoas morais*, e sujeita-as a lei ao mesmo regime, e por isso pode a classificação reduzir-se aos dois termos — pessoas colectivas de utilidade pública ou pessoas morais, e pessoas colectivas de utilidade particular; e, como estas são regidas pelas regras do contrato de sociedade, bem pode ainda a classificação tomar esta forma singela: *pessoas morais e sociedades*.

Mas, se é esta a classificação legal, qual a extensão de cada um dos seus termos, em relação à classificação das pessoas colectivas, hoje tida por fundamental, em pessoas colectivas de direito público e pessoas colectivas de direito privado?

É, em primeiro lugar, certo que, na classe das pessoas morais, entram todas as pessoas colectivas de direito público — o Estado, as autarquias locais, (que hoje são as colónias, os distritos, os municípios e as freguesias), e os institutos públicos personalizados. Isto, por uma razão de fim e por uma razão de texto. Por uma razão de fim, porque todas as pessoas colectivas de direito público têm um fim de mera utilidade pública, pois todas se propõem um fim de administração, e esta não é feita em proveito de quem administra, mas no interesse geral da colectividade. Por uma razão de texto *expresso*, quanto ao Estado, às autarquias locais e aos institutos de beneficência e de instrução, porquanto: o Estado, o município e a freguesia são declaradas pessoas morais pelo artigo 37.º do Código civil; o artigo 176.º da lei n.º 88, de 7 de agosto de 1913, declara pessoas morais, além dos municípios e da paróquia, o distrito; a base 1.ª da lei n.º 278, de 15 de agosto de 1914, que estabeleceu a autonomia financeira das colónias, declarou estas pessoas morais, com capacidade para adquirir, contratar e estar em juízo em seu nome e sob sua responsabilidade, preceito reproduzido na base 58.ª do decreto n.º 7008, de 9 de outubro de 1920, sobre administração civil e financeira das colónias; e o

referido artigo 37.º do Código civil considera pessoas morais *quaisquer* estabelecimentos de beneficência e de instrução, e portanto evidentemente os institutos públicos personalizados de beneficência e de instrução. Falta texto expresso para os institutos públicos que não sejam de beneficência ou de instrução. Mas, quanto a estes, é evidente que se contêm na formula genérica do artigo 32.º, pois desempenham sempre um serviço público e portanto têm um fim de utilidade pública.

Ainda é indiscutível que são pessoas morais as pessoas colectivas de direito privado de fim desinteressado que sejam de beneficência, piedade ou instrução, pois o artigo 37.º considera assim *quaisquer* estabelecimentos dessa natureza, sem distinguir se a sua criação se deve ao Estado, às autarquias locais ou à iniciativa particular.

Também não há dúvida de que da categoria das pessoas morais são excluídas as pessoas colectivas de *fim lucrativo*, isto é, as sociedades civis e comerciais, quando tenham personalidade jurídica. São excluídas pelo artigo 39.º do Código civil.

Restam, assim, as pessoas colectivas de fim interessado não lucrativo, ou sejam as de fim ideal, de fim económico geral e de previdência. Deverão considerar-se de utilidade pública e portanto pessoas morais, ou deverão considerar-se de utilidade particular e portanto submetidas ao regime das sociedades?

As pessoas colectivas de fim ideal, embora não especificadas no artigo 37.º do Código civil, têm sido ora consideradas pelas leis como pessoas morais ora destas aproximadas, de modo a ficar patente que o legislador quis incluí-las nessa categoria. É assim que a lei de 21 de junho de 1889 considerou claramente pessoas morais as associações e institutos meramente científicos e literários, pois os teve por incluídos no artigo 35.º do Código civil, e por isso modificou favoravelmente a seu respeito as regras de capacidade aí estabelecidas para as pessoas morais, e o art. 252.º, n.º 8.º, do código administrativo de 4 de maio de 1896 equiparou as *associações de recreio* às associações e institutos de instrução pública e beneficência (que são evidentemente pessoas morais), para o efeito da aprovação dos seus estatutos, sinal de que tais associações estão sujeitas ao regime das pessoas morais e de que portanto pessoas morais se devem considerar, sendo efectivamente assim que entre nós têm sido consideradas tanto pela doutrina como pela jurisprudência (1). E esta solução é justa, pois, como escreve o Dr. Guilherme Moreira, «não têm essas associações por fim interesses económicos, não podem conseqüentemente

(1) Dr. Guilherme Alves Moreira, *Instituições de Direito Civil Português*, vol. 1, pág. 292 e 295.

ser regidas pelas regras do contrato de sociedade em que se põem em comum bens ou indústria com fins lucrativos, e, sendo essas associações instituídas para promover o desenvolvimento físico, intelectual ou moral dos seus membros, e podendo quaisquer pessoas que reúnam as condições para isso necessárias ser admitidas em tais associações, não podem deixar de considerarem-se de interesse público» (1).

Quanto às associações de fim económico não lucrativo, têm algumas sido reguladas por leis especiais, como são as associações de classe (Dec. de 9 de maio de 1891), os sindicatos agrícolas (Lei de 3 de abril de 1896) e as associações de socorros mútuos (Dec. de 2 de outubro de 1896). É o modo por que o legislador tem procedido na sua regulamentação, — quer quanto à sua constituição, exigindo estatutos aprovados pelo Governo, isto é, exigindo autorização para se constituírem, autorização que também é a regra na constituição das pessoas morais (Cód. civil, art. 35.º), — quer quanto ao modo de definir a sua individualidade jurídica, empregando-se esta fórmula, *podem exercer todos os direitos relativos aos interesses legítimos do seu instituto*, que é exactamente a fórmula usada pelo Código civil (art. 34.º) para definir a individualidade jurídica das pessoas morais, — quer quanto à delimitação da sua capacidade para adquirir bens imobiliários, que é semelhante à regra geral estabelecida pelo artigo 35.º do Código civil para as pessoas morais em geral, como esse artigo deve ser lido depois da modificação introduzida pela lei de 21 de outubro de 1871, — quer quanto à *superintendência* da autoridade pública relativamente à sua organização e funcionamento, — quer quanto aos poderes e funções especiais que lhes são conferidos, como o poder conferido às associações de classe de organizarem agências para colocação de empregados, operários ou aprendizes, submetendo previamente à aprovação do Governo os respectivos regulamentos, de organizarem associações de socorros mútuos para os sócios, e bem assim de funcionarem como *corporações consultivas* sempre que forem mandadas ouvir pelo Governo, o poder reconhecido aos sindicatos agrícolas de constituírem caixas de socorros mútuos, caixas de crédito agrícola, caixas económicas, frutuárias, e quaisquer outras instituições que possam promover e auxiliar o desenvolvimento agrícola da região em que funcionam, e o poder reconhecido às associações de socorros mútuos de criar creches, enfermarias, escolas e salas de estudo, — quer quanto às vantagens que lhes são reconhecidas, como a isenção de imposto de selo, de contribuição predial, industrial ou de registo, concedida aos sindicatos agrícolas e às associações de socorros mú-

(1) Revista cit., ano 41.º, n.º 1758.º, pág. 147.

tuos, — é um sinal manifesto, de que tais associações foram consideradas de utilidade pública e assimiladas às pessoas morais.

Podemos, pois, concluir que todas as pessoas colectivas de fim interessado não lucrativo devem ser consideradas de utilidade pública e reger-se pelos princípios que governam as pessoas morais, quando não haja lei especial que as regule.

Sendo assim, chegamos a este resultado, que é uma combinação de uma das classificações doutrinárias e da nossa classificação legal: a) As pessoas colectivas são ou de direito público — Estados, autarquias locais e institutos públicos personalizados, ou de direito privado — pessoas colectivas de fim desinteressado, de fim interessado não lucrativo e de fim lucrativo; b) as pessoas colectivas de direito privado ou são de direito privado e utilidade pública — as de fim desinteressado e fim interessado não lucrativo, ou são de direito privado e utilidade particular — as de fim lucrativo, isto é, as sociedades civis e comerciais.

Sobre esta classificação, vamos estudar a nacionalidade e o reconhecimento internacional das pessoas colectivas, e a capacidade das pessoas colectivas estrangeiras.

56 — O primeiro dos problemas de direito internacional privado que respeitam às pessoas colectivas, é o problema da sua nacionalidade.

O estudo deste problema deve começar naturalmente pela determinação do significado e alcance da nacionalidade das pessoas colectivas.

A pessoa colectiva é um sujeito de direitos, precisando por isso de ter uma lei que determine as condições da sua existência e a medida da sua capacidade jurídica, e tendo conseqüentemente de integrar-se na ordem jurídica de um determinado Estado. Esta dependência entre a pessoa colectiva e a lei de um determinado Estado é a sua nacionalidade. No fundo, como nota Michoud, uma e a mesma ideia domina a nacionalidade das pessoas singulares e a nacionalidade das pessoas colectivas. «É, escreve aquele autor, a ideia de dependência da autoridade que governa tal ou qual país». (1)

É assim considerada a nacionalidade das pessoas colectivas, a admissão desta nacionalidade é irrecusável, desde que se reconheça a existência de pessoas colectivas e se admita o exercício da sua actividade em mais que um país, isto é, desde que se aceite o princípio do seu reconhecimento internacional. É absolutamente indispensável relacioná-la com a lei de um determinado país, para julgar da sua existência e da sua capa-

(1) Ob. cit., pág. 325.

cidade. Eis como Pillet, com o seu carácter incisivo habitual, expõe esta doutrina a respeito das sociedades, doutrina igualmente verdadeira a respeito da generalidade das pessoas colectivas: «O princípio nesta matéria (da nacionalidade) é que uma sociedade deve estar naturalmente submetida à lei do país a que pertence pela sua nacionalidade. As sociedades devem, no momento da sua formação, respeitar a lei do país de que são nacionais, mas somente são obrigadas a respeitar a lei d'este país; de modo que, quando uma sociedade se entrega ao comércio internacional, não podem os seus fundadores ser acusados em outros países de não terem levado em conta, naquele momento, as exigências das legislações que lhes não eram nacionais. É este um princípio indiscutido, um princípio necessário, por isso que é materialmente impossível que uma sociedade esteja sujeita simultaneamente ao império de leis diferentes quanto à sua formação» (1). E o que se diz da formação da pessoa colectiva deve dizer-se também da medida normal da sua capacidade. Deve fixá-la uma lei e não pode fixá-la mais que uma lei (2).

Mas, se a idea da nacionalidade das pessoas colectivas como significando a sua subordinação à lei de um determinado país, para o efeito de regular as condições da sua existencia e a medida normal da sua capacidade, é irrecusável, qual o alcance prático da mesma idea?

Esse alcance revela-se: 1.º em que é a lei nacional da pessoa colectiva que, como diz Arminjon, fixa as regras relativas à sua constituição, ao seu funcionamento, à sua gerência e à sua capacidade; 2.º e em que, sendo a teoria da nacionalidade que *diferencia* as pessoas colectivas nacionais das pessoas colectivas estrangeiras, é a mesma teoria que conduz à determinação das pessoas colectivas a que se aplicam as regras de direito que estabelecem *restrições* de capacidade das pessoas colectivas estrangeiras, ou definem as *condições* do seu funcionamento no Estado local (3), restrições e condições que podem ser importantes, como acontece no direito português.

Isto posto, procuremos fixar os princípios relativos à nacionalidade das pessoas colectivas.

57—O problema da nacionalidade das pessoas colectivas, quasi sem dificuldade pelo que respeita às pessoas colectivas, de direito público, já oferece algumas dúvidas relativamente às pessoas de direito privado e utilidade pública, e levanta graves

(1) Ob. cit., pág. 80.

(2) Sobre a impugnação da idea de nacionalidade aplicada às pessoas colectivas, vide: Laurent, *Principes de droit civil*, I, pág. 405; Vareilles-Sommières, *Personnes Morales*, n.º 1503; Pepy, *La nationalité des sociétés*, Paris, 1920, pág. 92 e seg.

(3) Vide Michoud, ob. cit., pág. 525.

discussões quando se trata das sociedades. Estudaremos separadamente o problema sob os seus três aspectos.

I—*Pessoas colectivas de direito público*. Estas pessoas são, como temos dito, o Estado, as autarquias locais e os institutos públicos personalizados.

Não pode evidentemente discutir-se a nacionalidade do Estado. O Estado é a origem mesma da nacionalidade, como esta é entendida em direito internacional privado, e por isso nele se identificam a existência e a nacionalidade.

Também não pode discutir-se a nacionalidade das autarquias locais. São divisões ou partes integrantes do Estado, e por isso não podem deixar de ter a nacionalidade do Estado cujo território e cuja população são a base natural da sua existência.

Em regra, é igualmente fácil determinar a nacionalidade dos institutos públicos personalizados. Semelhantes institutos são estabelecimentos criados pelo Estado ou pelas autarquias locais para o desempenho de um serviço público especial. É evidente portanto que, se elles funcionarem dentro do território do Estado que os cria, têm a nacionalidade d'esse Estado.

Mas, se o instituto é criado para funcionar em país estrangeiro? A hipótese tem sido frequente nos países de capitulações, designadamente na Turquia, onde existem hospitais, asilos, escolas, etc., para os nacionais de certo Estado, a maior parte das vezes fundados por esse Estado. Mas também a hipótese pode dar-se, e se tem dado com efeito, nas relações dos Estados que não admitem aquele regime e fazem parte integralmente da comunidade internacional, quer por virtude de *tratados*, quer por virtude de *tolerância* do Estado local.

Entendem Arminjon (1) e Michoud (2) que, ainda nesta hipótese, os institutos públicos personalizados têm a nacionalidade do Estado que os cria, e a sua doutrina parece-nos inteiramente aceitável. Se, por virtude de tratados ou por tolerância do Estado local, os Estados estrangeiros são autorizados a organizar no mesmo Estado local serviços de assistência ou de instrução, sob a forma de institutos públicos personalizados, embora funcionem em país estrangeiro, integram-se tais institutos na vida administrativa do Estado que os cria e por isso têm naturalmente a nacionalidade d'esse Estado.

58—III—*Pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública*. Estas pessoas colectivas revestem as duas formas de *associações* e de *fundações*.

Quanto às associações, tem-se procurado determinar a sua nacionalidade segundo um dos quatro critérios da autorização,

(1) *Étrangers et protégés dans l'Empire Ottoman*, 1905, pág. 219.

(2) Ob. cit., II, pág. 529.

da nacionalidade dos associados, da sede administrativa e da primeira sede social.

O critério da *autorização*, segundo o qual as associações devem ter a nacionalidade do Estado que expressa ou tácitamente autoriza a sua constituição, é seguido por Fiore ⁽¹⁾, Weiss ⁽²⁾ e Anzilotti ⁽³⁾; o critério da nacionalidade dos sócios é defendido por Vareilles-Sommières ⁽⁴⁾; o critério da sede é propugnado, entre outros, por Michoud ⁽⁵⁾; e o critério da primeira sede social é adoptado por Pillet ⁽⁶⁾. Qual destes critérios será cientificamente preferível?

Cremos que um destes critérios deve afastar-se sem hesitação: é o critério da nacionalidade dos sócios (Vareilles-Sommières). Este critério, defendido por alguns escritores relativamente às sociedades em nome colectivo, cuja personalidade é, pelo menos, muito discutível ⁽⁷⁾, cremos que não é defendido por mais ninguém a respeito das associações. Este isolamento, já de per si significativo, vem de que o critério está teóricamente em desacôrdo com a natureza das associações e é praticamente insuficiente. Nas associações dá-se, por um lado, a *renovação* incessante dos sócios e existe, por outro lado, um *património distinto* do património dos associados, de modo que se vê claramente tanto a *possibilidade* de tornar a nacionalidade da associação independente da nacionalidade dos associados, visto tratar-se de uma *pessoa diferente*, como a *necessidade* da separação, para assegurar a *estabilidade* da nacionalidade colectiva através da renovação dos associados, que podem ter diferente nacionalidade.

O critério da autorização suscita também objecções de difícil refutação. Em primeiro lugar, como nota Michoud, o princípio é insuficiente quanto às associações que possam constituir-se sem autorização. Em segundo lugar, a autorização, quando existe, não *cria*, mas *reconhece*, a pessoa colectiva, e a nacionalidade não pode resultar de um elemento exterior, mas deve derivar de algum elemento mais íntimo e relacionado com a vida real da associação. Por isso, ainda nos casos em que a autorização se considere necessária à existência das pessoas colectivas, tornar-se-lha indispensável saber qual o Estado competente para conceder a autorização. Por detrás do *critério formal* da autorização, precisa haver, pois, um *critério real* que represente o fundamento positivo da nacionalidade.

(1) *Diritto internazionale privato*, I, n.º 505.

(2) *Traité*, II, pág. 451.

(3) *I mutamenti di nazionalità delle società commerciali*, no *Rivista di diritto internazionale*, VI, pág. 109 e seg.

(4) *La synthèse du droit international privé*, II, pág. 78.

(5) *Ob. cit.*, II, pág. 335.

(6) *Ob. cit.*, pág. 546.

(7) Michoud, I, pág. 115 e seg.; *Revista. cit.*, ano 41, n.º 1751 e seg.

Este critério vê-o Michoud com segurança na sede social, escrevendo a êsse respeito: «Pelo que se refere às fundações e às associações, a nacionalidade da sede social parece-me mais certa ainda que para as sociedades. As disposições restritivas das legislações dos diferentes países têm como principal objectivo, no que lhes respeita, afastar os perigos que para a ordem pública podem advir da constituição de associações ou fundações demasiadamente ricas, e estes perigos existem sobretudo no país onde o grupo tem a sua sede social. Além disso, a maior parte das vezes a sede social coincidirá com o lugar onde se exerce a acção do grupo e, quando assim não acontecer, será de ordinário porque o fim é bastante geral para comportar a acção da associação em numerosos países» ⁽¹⁾.

Também entendemos que é o critério da sede social o cientificamente mais rigoroso, não tanto pela razão específica apresentada por Michoud para as associações, como pela razão que aduz Arminjon para atribuir às sociedades comerciais a nacionalidade da sua sede e que procede igualmente a respeito das associações. Eis as palavras de Arminjon: «A sociedade liga-se pela sua nacionalidade ao Estado em cujo território está o centro da sua vida jurídica. E' aí que a sociedade pensa, quer, actua e exprime os seus pensamentos e as suas decisões de direcção, porque é nesse lugar que funcionam os seus principais órgãos, assim como os seus instrumentos receptores, fiscalizadores e transmissores» ⁽²⁾. Estas palavras valem, com effeito, tanto para as sociedades como para as associações, e dão o claro motivo por que umas e outras devem ter a nacionalidade (que é o mesmo que de depender da sua lei) do Estado onde têm a sua sede social. E' aí que elas desempenham o fim de integração das actividades individuais, e por isso é a lei desse Estado que deve dominar a sua organização e o seu funcionamento.

Mas, aceito o critério da sede social, ainda importa verificar se deve distinguir-se entre a *sede actual* e a *sede inicial*, para medir o valor do critério de Pillet.

O critério da sede inicial supõe que a associação ou pessoa colectiva pode mudar a sua sede de um para outro país, conservando-se juridicamente a mesma. Parece-nos, porém, que esta *identidade jurídica* é impossível. Em verdade, a pessoa colectiva tem como elemento essencial da sua existência a sua *organização*, esta organização tem de conformar-se com a sua lei nacional, e por isso é evidente que, no caso de ser transferida a sede de uma pessoa colectiva de um para outro país, essa organização tem de conformar-se com a lei do novo país. Mas

(1) *Ob. cit.*, II, pág. 335.

(2) *Nationalité des personnes morales*, na *Revue de droit international et de législation comparée*, 1902, pág. 407.

isto equivale clarissimamente a extinguir a antiga pessoa colectiva, por isso mesmo que se destruiu um dos seus elementos essenciais, e a constituir uma nova pessoa colectiva com a organização estabelecida pela lei do novo país.

Sendo assim, a *mesma pessoa colectiva* nunca pode ter, em diferentes países, duas sedes, uma inicial e outra actual. A sede actual ou se identifica com a sede inicial, ou é sede de uma nova pessoa colectiva. Isto basta para avaliar o critério de Pillet, o qual nem para o seu próprio autor é muito seguro, pois é ele mesmo que escreve, a respeito das sociedades: «A noção de mudança de nacionalidade de uma sociedade, tendo como consequência a mudança da lei que lhe é aplicável, parece-nos inteiramente errada» (1).

Desde que se admita o critério da sede social como princípio de determinação da nacionalidade das sociedades, não há, pois, que distinguir entre sede actual e sede inicial.

Importa, porém, acrescentar que a sede social que fixa a nacionalidade das associações deve ser a *sede real*, e não qualquer *sede fictícia*, simulada fraudulentamente para fugir aos rigores da lei do país onde a associação realmente funciona. Em tal caso, ao simulacro da sede fictícia deve antepor-se a verdade da sede real.

Quanto às fundações, tem a questão sido pouco discutida. Mas facilmente se vê que a fundação, destinada, como é, a um fim de utilidade pública, deve ter a nacionalidade do país onde tem a sua sede e realmente funciona. São os órgãos por que se torna efectiva a fundação que revelam a sua existência e realizam o seu fim, e por isso é o país onde esses órgãos funcionam, que é o país onde a fundação tem a sede, que lhe deve imprimir a nacionalidade (2).

60—III—*Pessoas colectivas de direito privado e utilidade particular.* a) *Princípios doutrinários.* As pessoas colectivas de direito privado e utilidade particular, isto é, as sociedades civis e comerciais, são aquelas a respeito das quais mais se tem discutido o problema da nacionalidade, encontrando-se na doutrina, pelo menos, os sete sistemas seguintes:

1.º) *Sistema da autorização*, segundo o qual a sociedade teria a nacionalidade do Estado que autorizasse a sua existência no momento da sua formação. Semelhante critério pareceu, porém, insuficiente, pois, por um lado, o *princípio da autorização* tende cada vez mais a ser substituído pelo *princípio da regulamentação*, não precisando em geral as sociedades comerciais de uma autorização especial para se constituírem legitimamente, bastando que se conformem com as prescri-

ções determinadas na lei, e, por outro lado, a autorização, quando necessária, só poderá ser concedida dando-se certas condições que sejam a base da nacionalidade, isto é, a autorização supõe a existência *virtual* da nacionalidade que vem reconhecer. Daqui o aparecimento de outros sistemas que melhor traduzissem o modo de ser das sociedades de comércio, como o

2.º) *Sistema do lugar da constituição.* Em harmonia com este sistema, as sociedades deveriam ter a nacionalidade do Estado em cujo território fosse celebrado o acto da sua constituição, como aplicação do princípio da regra *locus regit actum* e do princípio da autonomia da vontade das partes em matéria de convenções, sendo as sociedades comerciais, como são, uma forma dos contratos. A consagração de semelhante sistema representava, porém, um meio de legitimar a subtração das sociedades às exigências das leis do país onde elas devessem manifestar a sua existência e a que verdadeiramente pertencessem pelos seus elementos constitutivos, o que determinou a preferência de alguns escritores pelo

3.º) *Sistema da nacionalidade dos sócios.* A sociedade teria a nacionalidade dos seus membros. Este critério, contudo, não poderia aplicar-se às sociedades de capitais, onde não é a pessoa dos sócios que se toma em consideração e onde cada um pode ceder a sua parte sem o consentimento dos outros, nem poderia ser base positiva da nacionalidade das sociedades de pessoas, já que estas podem ser de diversa nacionalidade, e a sociedade, assim como tem uma personalidade e um domicílio distintos da personalidade e do domicílio dos sócios, também pode ter uma nacionalidade diferente da sua.

4.º) *Sistema do país da subscrição.* As sociedades deveriam ter a nacionalidade do país da subscrição, porque é a lei desse país que deve estabelecer a garantia dos subscritores e reger o contrato que os une. Pode, todavia, a subscrição ter lugar em diversos países, e, se se quisesse atender ao país do maior número de subscritores, tornar-se-ia necessário por muitas vezes apreciar uma questão de facto insolúvel, o que equivaleria a substituir o sistema pelo arbitrio dos tribunais, além de que o lugar da subscrição pode ser inteiramente *accidental* relativamente à vida real da sociedade, e por isso a nacionalidade determinada por esse elemento poderia ser inteiramente *artificial*.

5.º) *Sistema do centro de exploração.* Este sistema funda-se em que o centro de exploração de uma sociedade é o *centro dos seus interesses* e constitui um elemento fixo e real para a determinação da nacionalidade. O sistema não conseguiu, porém, dominar nem a doutrina nem a jurisprudência nos diversos países, já porque a mesma sociedade pode ter diversos centros de exploração, já porque tal sistema contraria os interesses do comércio quando a sociedade se proponha realizar

(1) Ob. cit., pág. 152.

(2) Vid. Pillet, ob. cit., pág. 414.

isto equivale clarissimamente a extinguir a antiga pessoa colectiva, por isso mesmo que se destruiu um dos seus elementos essenciais, e a constituir uma nova pessoa colectiva com a organização estabelecida pela lei do novo país.

Sendo assim, a *mesma pessoa colectiva* nunca pode ter, em diferentes países, duas sedes, uma inicial e outra actual. A sede actual ou se identifica com a sede inicial, ou é sede de uma nova pessoa colectiva. Isto basta para avaliar o critério de Pillet, o qual nem para o seu próprio autor é muito seguro, pois é ele mesmo que escreve, a respeito das sociedades: «A noção de mudança de nacionalidade de uma sociedade, tendo como consequência a mudança da lei que lhe é aplicável, parece-nos inteiramente errada» (1).

Desde que se admita o critério da sede social como princípio de determinação da nacionalidade das sociedades, não há, pois, que distinguir entre sede actual e sede inicial.

Importa, porém, acrescentar que a sede social que fixa a nacionalidade das associações deve ser a *sede real*, e não qualquer *sede fictícia*, simulada fraudulentamente para fugir aos rigores da lei do país onde a associação realmente funciona. Em tal caso, ao simulacro da sede fictícia deve antepor-se a verdade da sede real.

Quanto às fundações, tem a questão sido pouco discutida. Mas facilmente se vê que a fundação, destinada, como é, a um fim de utilidade pública, deve ter a nacionalidade do país onde tem a sua sede e realmente funciona. São os órgãos por que se torna efectiva a fundação que revelam a sua existência e realizam o seu fim, e por isso é o país onde esses órgãos funcionam, que é o país onde a fundação tem a sede, que lhe deve imprimir a nacionalidade (2).

60 — III — *Pessoas colectivas de direito privado e utilidade particular.* a) *Princípios doutrinários.* As pessoas colectivas de direito privado e utilidade particular, isto é, as sociedades civis e comerciais, são aquelas a respeito das quais mais se tem discutido o problema da nacionalidade, encontrando-se na doutrina, pelo menos, os sete sistemas seguintes:

1.º) *Sistema da autorização*, segundo o qual a sociedade teria a nacionalidade do Estado que autorizasse a sua existência no momento da sua formação. Semelhante critério pareceu, porém, insuficiente, pois, por um lado, o *princípio da autorização* tende cada vez mais a ser substituído pelo *princípio da regulamentação*, não precisando em geral as sociedades comerciais de uma autorização especial para se constituírem legitimamente, bastando que se conformem com as prescri-

ções determinadas na lei, e, por outro lado, a autorização, quando necessária, só poderá ser concedida dando-se certas condições que sejam a base da nacionalidade, isto é, a autorização supõe a existência *virtual* da nacionalidade que vem reconhecer. Daqui o aparecimento de outros sistemas que melhor traduzissem o modo de ser das sociedades de comércio, como o

2.º) *Sistema do lugar da constituição.* Em harmonia com este sistema, as sociedades deveriam ter a nacionalidade do Estado em cujo território fosse celebrado o acto da sua constituição, como aplicação do princípio da regra *locus regit actum* e do princípio da autonomia da vontade das partes em matéria de convenções, sendo as sociedades comerciais, como são, uma forma dos contratos. A consagração de semelhante sistema representava, porém, um meio de legitimar a subtração das sociedades às exigências das leis do país onde elas deveriam manifestar a sua existência e a que verdadeiramente pertencessem pelos seus elementos constitutivos, o que determinou a preferência de alguns escritores pelo

3.º) *Sistema da nacionalidade dos sócios.* A sociedade teria a nacionalidade dos seus membros. Este critério, contudo, não poderia aplicar-se às sociedades de capitais, onde não é a pessoa dos sócios que se toma em consideração e onde cada um pode ceder a sua parte sem o consentimento dos outros, nem poderia ser base positiva da nacionalidade das sociedades de pessoas, já que estas podem ser de diversa nacionalidade, e a sociedade, assim como tem uma personalidade e um domicílio distintos da personalidade e do domicílio dos sócios, também pode ter uma nacionalidade diferente da sua.

4.º) *Sistema do país da subscrição.* As sociedades deveriam ter a nacionalidade do país da subscrição, porque é a lei desse país que deve estabelecer a garantia dos subscritores e reger o contrato que os une. Pode, todavia, a subscrição ter lugar em diversos países, e, se se quisesse atender ao país do maior número de subscritores, tornar-se-ia necessário por muitas vezes apreciar uma questão de facto insolúvel, o que equivaleria a substituir o sistema pelo arbítrio dos tribunais, além de que o lugar da subscrição pode ser inteiramente *acidental* relativamente à vida real da sociedade, e por isso a nacionalidade determinada por esse elemento poderia ser inteiramente *artificial*.

5.º) *Sistema do centro de exploração.* Este sistema funda-se em que o centro de exploração de uma sociedade é o *centro dos seus interesses* e constitui um elemento fixo e real para a determinação da nacionalidade. O sistema não conseguiu, porém, dominar nem a doutrina nem a jurisprudência nos diversos países, já porque a mesma sociedade pode ter diversos centros de exploração, já porque tal sistema contraria os interesses do comércio quando a sociedade se proponha realizar

(1) Ob. cit., pág. 152.

(2) Vid. Pillet, ob. cit., pág. 414.

obras em países muito distantes, mesmo em países não civilizados, pois que atribuir-lhe a nacionalidade de tais países seria muitas vezes impossibilitar o seu funcionamento, já porque o centro de exploração pode ser destinado a deslocar-se, como acontece com as sociedades de construção de portos, que podem exercer a sua indústria sucessivamente em todas as partes do mundo.

6.º) *Sistema da sede social.* A nacionalidade das sociedades deve ser a do país do seu domicílio, pois é para as sociedades que tenham no seu território o seu principal estabelecimento que o Estado formula as suas disposições de lei sobre sociedades. Mas o que deverá entender-se por principal estabelecimento de uma sociedade? Será o seu centro de exploração ou a sede da sua administração? A maioria dos sequazes do sistema decide-se pelo país da sede da administração social, como aquele onde a sociedade realmente vive e funciona, exerce a sua actividade e realiza o seu fim. O domicílio é assim o centro de direcção; e não o centro de exploração, que muitas vezes será mesmo difícil, senão impossível, de determinar, como nas sociedades de navegação e de seguros. (1)

7.º) *Sistema da combinação do princípio da sede social com o princípio do lugar da constituição.* O congresso internacional das sociedades, realizado em Paris em 1889, admitiu o duplo princípio de que a nacionalidade das sociedades depende da sede social e de que a sede das sociedades não pode ser senão no país em que elas se constituíram. E' também este fundamentalmente o sistema de Antoine Pillet, que escreve: «A nacionalidade de uma sociedade deve depender da sede social ao tempo da sua constituição. E esta sede social é naturalmente o lugar em que a sociedade se constituiu» (2). Importa notar que, neste sistema, o país de constituição não é o país da celebração do contrato de sociedade, mas sim o país em que são praticadas as formalidades necessárias à constituição da sociedade. E ainda observaremos que, para Pillet, uma vez fixada a nacionalidade pela sede social no país da constituição, isto é, pela *sede social primitiva*, prevalece apesar da mudança da sede social, mudança que apenas representaria uma mudança do domicílio social.

Onde estará a verdade científica?

O sistema da sede social tem por si uma forte corrente doutrinária (3) e foi o sistema consagrado pelo Instituto de direito internacional na sessão de Hamburgo de 1891, onde foram votadas as regras de resolução dos conflitos de leis relativas às sociedades por acções, cujo artigo 5.º está assim redi-

(1) Vide Arminjon, *Revue* cit., pág. 381 e seg.

(2) Ob. cit., pág. 135.

(3) Vide: Pepy, *La nationalité des sociétés*, Paris, 1920, pág. 62; Michoud, ob. cit., n.º 320; Pillet, ob. cit., pág. n.º 94; Diena, *Treatato di diritto commerciale internazionale*, t. n.º 37.

gido: «Deve considerar-se como país de origem de uma sociedade por acções o país em que foi estabelecida sem fraude a sua sede social legal» (1).

E cremos que o sistema da sede é realmente aquele que tem por si a razão jurídica.

As sociedades são constituídas para a realização de interesses para que é insuficiente a actividade individual e, por isso, é lógico fixar a sua existência no Estado onde elas realmente vivem e actuam integrando as forças individuais, o que conduz naturalmente a atribuir-lhes a nacionalidade do Estado onde têm a sua sede administrativa, isto é, onde funcionam *realmente* os seus órgãos dirigentes. E dizemos *realmente*, pois é a *sede real*, e não qualquer *sede fictícia*, que deve fixar a nacionalidade da sociedade.

E, como a respeito da nacionalidade das associações, não há que distinguir entre *sede actual* e *sede inicial*. A mudança de sede de um para outro país representa juridicamente a extinção da sociedade antiga e a criação de uma sociedade nova, não havendo portanto mudança de nacionalidade, pois não há identidade jurídica entre as duas sociedades (2).

(1) *Annuaire*, tom. XI, pág. 175.

(2) Vide supra, pág. 227. Devemos observar neste momento que a *teoria tradicional* de determinação da nacionalidade das sociedades pela sede social foi vivamente criticada e abalada no período da grande guerra, sendo bem possível que dessas críticas e dêsse abalos resultem maiores ou menores modificações daquela teoria no direito dos Estados que a admitem.

Segundo o sistema da sede, como segundo qualquer sistema que não atenda à nacionalidade dos sócios e dos administradores das sociedades para determinar a sua nacionalidade, pode acontecer que se considere nacional de um país uma sociedade formada de pessoas ou capitais estrangeiros, pois basta que a sede ou o centro de exploração seja no país. Tal era a situação de muitas sociedades existentes nos países aliados ao começar a grande guerra. Eram, por exemplo, constituídas ou administradas por alemães muitas sociedades de nacionalidade francesa, inglesa ou portuguesa, por a sede ser em França, Inglaterra ou Portugal.

Em maior ou menor escala, nos países em guerra foi proibido o comércio com os súbditos inimigos e foram decretados o depósito e a administração dos bens dos inimigos, e daí a questão sobre se entravam na regra as sociedades que eram compostas de inimigos ou formadas de capitais pertencentes a inimigos, embora fossem nacionais segundo o critério da sede.

Mediante um *rodeio* ou um *reviramento* da jurisprudência, como aconteceu em França, onde os tribunais ora recorreram ao rodeio de considerar interpostas pessoas de súbditos inimigos as sociedades aparentemente francesas, mas servindo interesses inimigos, ora operaram um reviramento no sentido de pôr de parte o critério da sede, para determinarem a nacionalidade pela nacionalidade das pessoas cuja actividade e cujo interesse a sociedade exprimissem, ou mediante um *preceito expresso de lei*, como aconteceu na Inglaterra e em Portugal, foram as sociedades em questão equiparadas a súbditos inimigos, o que se vê nitidamente no decreto n.º 2350, de 20 de abril de 1916, cujo artigo 16.º dispôs: «Aos súbditos de Estado inimigo são equiparadas para os efeitos d'este decreto: c) as sociedades em nome colectivo, em comandita ou por quotas; e em geral todas as sociedades de pes-

b) *Direito português*. As nossas leis não contêm preceito algum que *directamente* formule o critério de diferenciação das sociedades portuguesas e das sociedades estrangeiras. Alguns textos há, porém, que se relacionam com o problema e nos quais se contém, segundo cremos, a sua solução. São os artigos 109.º a 111.º do Código comercial, o artigo 54.º, do mesmo Código, os artigos 1.º e 2.º do decreto de 25 de dezembro de 1899, relativo às condições de reconhecimento das sociedades estrangeiras nas colónias, e o artigo 49.º, §§ 2.º e 3.º, do decreto de 21 de outubro de 1907, relativo ao exercício da indústria de seguros. Eis a letra desses textos: *Código comercial*. «Art. 109.º. As sociedades legalmente constituídas em país estrangeiro que não tiverem sede, sucursal, ou qualquer espécie de representação social no reino poderão, apesar disso, praticar nele os respectivos actos de comércio não contrários à lei nacional. Art. 110.º. As sociedades que se queiram constituir em país estrangeiro, mas que devam ter sede no reino e nele exercer o principal comércio, serão consideradas para todos os efeitos como sociedades nacionais, e ficarão sujeitas a todas as disposições deste Código. Art. 111.º. As sociedades legalmente constituídas em país estrangeiro, que estabelecerem no reino sucursal ou qualquer espécie de representação social, ficam sujeitas às disposições deste Código quanto ao registo

soas em que entrem súbditos inimigos, quer funcionem em Portugal, quer em país estrangeiro».

Quere dizer, ou se pôs de parte o critério da sede como meio de determinar a nacionalidade, ou se não fez caso desta, o que tudo representa um abalo sofrido pelo mesmo critério.

E daí o problema que têm de resolver a crítica jurídica e os legisladores, qual é se o critério da sede continuará a ser o critério preponderante na determinação da nacionalidade das sociedades, ou se um novo critério virá substituí-lo.

Não pode ainda prevê-se o que sucederá. Cremos, porém, que o critério da sede reagirá contra os abalos sofridos, pois nos parece o que melhor condiz com a necessidade de atribuir às sociedades uma nacionalidade, para o efeito de lhes assinalar um estatuto legal normal. Isso não obstará, porém, a que a doutrina e o direito positivo procurem organizar o critério de modo que fique bem assegurado que a base da nacionalidade é a sede real e não uma sede mais ou menos fictícia das sociedades, e a que se regule com previdência e com prudência o direito de os estrangeiros constituírem sociedades no Estado local, de participarem na sua constituição, ou de representarem o seu capital.

Em verdade, não deverá esquecer-se que, durante a guerra, o tão discutido problema da nacionalidade das sociedades era afinal o problema dos direitos dos estrangeiros indivíduos, que é um problema muito diferente, e ninguém poderá contestar que o critério da sede é inteiramente compatível com a maior ou menor amplitude do direito concedido aos estrangeiros de constituírem sociedades no Estado local ou participarem nas sociedades aí constituídas. (Vide Pepy, *La nationalité des sociétés*, Paris, 1920; Lyon Caen, *Des conditions à exiger pour que les sociétés soient françaises Clunet*, 1917, pág. 5 e segs.; Paul Pic, *Contribution à l'étude de la nationalité des sociétés Clunet*, 1917, pág. 841 e segs.; Salem, *Le problème de la nationalité des sociétés Clunet*, 1919, pág. 23 e segs.)

e publicação dos actos sociais e mandatos dos respectivos representantes, nos mesmos termos que as correspondentes sociedades nacionais, e quanto à falência, nos termos do § único, do artigo 745.º. Art. 54.º. As sociedades constituídas em país estrangeiro, que queiram estabelecer sucursal ou qualquer espécie de representação social no reino, apresentarão ao registo comercial, além dos documentos exigidos às nacionais, um certificado do respectivo agente consular português de se acharem constituídas e funcionando em harmonia com as leis do respectivo país». *Decreto de 1899*. «Art. 1.º. As sociedades constituídas em país estrangeiro, com sede no reino ou em alguma possessão ultramarina portuguesa, que tenham por fim qualquer ramo de comércio ou indústria, ou qualquer exploração agrícola nas ditas possessões, terão de organizar-se inteiramente de acordo com as disposições do Código comercial português. Art. 2.º. As sociedades legalmente constituídas em país estrangeiro, que estabelecerem nas províncias ultramarinas sucursal, ou qualquer espécie de representação social ou particular, ficam sujeitas às disposições do artigo 111.º do Código comercial, e às demais que lhes forem applicáveis». *Decreto de 1907*. «Art. 49.º. As sociedades estrangeiras, anónimas ou mútuas, que pretenderem exercer a indústria dos seguros em Portugal, deverão: § 2.º. As sociedades que pretenderem autorização para funcionar apresentarão os respectivos estatutos e documentos, que provem a sua existência legal no país onde tenham a sede, a procuração aos representantes e substitutos respectivos, e a determinação das bases técnicas dos diversos ramos de seguro, que se proponham explorar em Portugal, observando-se quanto ao seguro de vidas o disposto no § 2.º do artigo 5.º; § 3.º. Será denegada a autorização, sempre que se não mostre a existência legal da sociedade no país da sua sede, ou que as bases adoptadas para as operações se não conformem com a legislação portuguesa ou não ofereçam garantias bastantes aos segurados».

Vê-se dos textos transcritos que a nacionalidade das sociedades comerciais anda relacionada com três elementos — país da constituição, sede social e exercício do principal comércio. Não referem os textos qualquer outro elemento, e por isso o problema consiste em verificar se os três elementos são *independentes* e se, os que o forem, devem *convergir* para se atribuir a uma sociedade a nacionalidade portuguesa ou uma nacionalidade estrangeira, ou se, ao contrário, dos elementos independentes, algum deverá considerar-se *fundamental* e o outro ou outros *secundários*, de modo a poderem eliminar-se, sem que isso prejudique a existência e a persistência da *nacionalidade social*, uma vez que persista o elemento fundamental. Analisemos.

À primeira vista, parece que o elemento *sede* e o elemento *país de constituição* são elementos independentes e que uma

sociedade poderia constituir-se legalmente num país e ter a sede noutro país. Contudo, comparando os artigos 109.º, 110.º e 111.º do Código comercial entre si e com o artigo 54.º do mesmo Código, com os artigos 1.º e 2.º do decreto de 23 de dezembro de 1899, e com os §§ 2.º e 3.º do artigo 49.º do decreto de 21 de outubro de 1907, vê-se que o legislador considera uma sociedade legalmente constituída num país quando ela aí tenha a sua sede e se tenha organizado em harmonia com a lei desse país.

Esta doutrina já se inferia do artigo 110.º do Código comercial e do artigo 1.º do decreto de 1899, os quais mostram que uma sociedade que queira constituir-se em país estrangeiro, mas que estabeleça a sede em Portugal, só pode considerar-se legalmente constituída quando se constitua em harmonia com a lei portuguesa.

Mas a doutrina já se vê melhor na comparação da fórmula do artigo 110.º do Código comercial — *sociedades que se queiram constituir em país estrangeiro* e da fórmula do artigo 1.º do decreto de 1899 — *sociedades constituídas em país estrangeiro*, com a fórmula dos artigos 109.º e 111.º do Código comercial e do artigo 2.º do decreto de 1899 — *sociedades legalmente constituídas em país estrangeiro*. Em verdade, o legislador, enquanto se refere a sociedades que se constituem em país estrangeiro, mas têm a sua sede em Portugal, diz — *sociedades constituídas em país estrangeiro*, sem acrescentar o adverbio *legalmente*, o que indica que não há uma sociedade legalmente constituída em país estrangeiro, quando nesse país não tenha a sede.

E', porém, no artigo 54.º do Código comercial e nos §§ 2.º e 3.º do artigo 49.º do decreto de 1907 que a doutrina se torna evidente. Pelo preceito do artigo 54.º do Código comercial, quando uma sociedade constituída em país estrangeiro queira estabelecer representação em Portugal, tem de apresentar ao registo comercial *um certificado do respectivo agente consular português de que se acha constituída e funciona em harmonia com a lei do respectivo país*. E' manifesto que a fórmula *lei do respectivo país* abrange a *constituição* e o *funcionamento* da sociedade, assim como é manifesto que a fórmula — *respectivo agente consular português* não pode deixar de referir-se ao agente consular no país da sede, pois é aí que a sociedade funciona, não podendo claramente o cônsul português em Paris certificar que certa sociedade funciona legalmente em Madrid. E, pelos §§ 2.º e 3.º do artigo 49.º do decreto de 1907, as sociedades de seguros estrangeiras que queiram exercer a sua indústria em Portugal têm de provar a sua *existência legal no país da sua sede*, o que acaba de revelar o pensamento do legislador no sentido de que *país de constituição legal* de uma sociedade não pode deixar de ser o *país da sede*.

Sendo assim, vem o colatório seguro de que *país de constituição legal* é o mesmo que *país da sede*. Ora, como uma

sociedade só existe juridicamente quando está legalmente constituída, segue-se logicamente que, perante a nossa lei, o elemento *país de constituição* é absorvido pelo elemento *sede*, em vez de ser um elemento independente.

Os elementos *sede* e *principal comércio* são indubitavelmente distintos, pois que uma sociedade pode ter a direcção num país e o principal centro de exploração em outro país. Importa por isso verificar se, para a determinação da nacionalidade das sociedades, os dois elementos devem *convergir*, ou basta *qualquer deles*, ou ainda se um deles é *fundamental*, sendo o outro *secundário*.

Entendemos que a sede social decide da nacionalidade da sociedade e que por isso a sede social, e só ela, é elemento fundamental: 1.º) porque os artigos 109.º, 110.º e 111.º do Código comercial mostram, por um lado, que, enquanto a sede se conserva em país estrangeiro, o comércio social, ou simples (art. 109.º), ou por meio de sucursais (art. 111.º), não atribui à sociedade a nacionalidade portuguesa e, por outro lado, que, apenas a sede se desloca para Portugal, a sociedade fica sendo portuguesa; 2.º) porque, como já dissemos, o artigo 54.º do mesmo Código teve decididamente em vista o país da sede social, pois exige certificado passado pelo cônsul português de que a sociedade *funciona* legalmente, e só o cônsul da sede da sociedade é que pode naturalmente certificar acerca do seu funcionamento; 3.º) porque o artigo 1.º do decreto de 23 de dezembro de 1899 indica claramente que basta que a sociedade constituída em país estrangeiro mude a sede para Portugal para a sujeitar integralmente à lei portuguesa, e portanto para a considerar portuguesa; 4.º) porque o artigo 49.º, §§ 2.º e 3.º, do decreto de 21 de outubro de 1907 também exige apenas que as sociedades de seguros tenham existência legal no país da sede, para que possam ser autorizadas a exercer a sua indústria em Portugal, sem nada se preocupar com o país do exercício do comércio; 5.º) porque o sistema da sede social é, como vimos, o que está mais de harmonia com as exigências doutrinárias, e por isso, não havendo textos que contrariem a sua aceitação, antes os havendo que indicam que tal sistema mereceu a preferência do legislador, é certamente o sistema preferível.

Claro é que a sede a que deve atender-se para fixar a nacionalidade das sociedades é a *sede real*, e não qualquer *sede fictícia* que as mesmas sociedades adoptem para fugir ao rigor da lei do país onde realmente funcionam.

65 — Como vimos no lugar próprio, os indivíduos podem mudar de nacionalidade, e bem assim podem encontrar-se na situação anómala de ter duas nacionalidades. Poderá dar-se o mesmo a respeito das pessoas colectivas?

a) *Mudança de nacionalidade*. Sempre que a nacionalidade de uma pessoa colectiva se determine por um facto que

não seja meramente *momentâneo*, como é o facto da autorização, mas seja susceptível de *continuidade*, como a nacionalidade dos sócios, o centro de exploração e a sede administrativa, dá-se a possibilidade material de a pessoa colectiva mudar de nacionalidade, pois que pode mudar a nacionalidade dos sócios e pode mudar o centro de exploração ou a sede administrativa.

Mas a possibilidade material corresponderá a possibilidade jurídica? Ou a mudança do facto-base da nacionalidade será uma causa de *extinção* da pessoa colectiva, em vez de produzir a sua mudança de nacionalidade? Já resolvemos esta questão ao apreciar o critério da sede inicial como meio de determinação da nacionalidade das pessoas colectivas. A mudança de nacionalidade das pessoas colectivas parece-nos juridicamente impossível, pela razão, para nós decisiva, de que é elemento de existência da pessoa colectiva a sua *organização*, de que esta é regulada pela lei nacional da mesma pessoa colectiva, e de que portanto a conexão com um novo país do elemento de facto (nacionalidade dos sócios, centro de exploração, sede administrativa, etc., segundo o critério que se adoptar) que determina a nacionalidade da pessoa colectiva supõe juridicamente uma nova constituição da sociedade, por isso que esta constituição é determinada e regida por uma nova lei, e por isso mesmo supõe a extinção da antiga pessoa colectiva, não se dando a identidade jurídica que é indispensável numa simples mudança de nacionalidade (1).

b) *Dupla nacionalidade*. As legislações não são uniformes quanto ao critério de determinação da nacionalidade das pessoas colectivas, e daí a possibilidade de duas ou mais legislações considerarem a mesma pessoa colectiva como nacional do respectivo país, e portanto a possibilidade de uma pessoa colectiva ter duas ou mais nacionalidades. Suponhamos, por exemplo, que um país adopta o critério da nacionalidade dos sócios e que outro segue o critério da sede administrativa, e que, no segundo país, tem a sua sede uma sociedade constituída de indivíduos nacionais do primeiro. A sociedade terá duas nacionalidades. É o que poderá acontecer com uma sociedade formada de brasileiros que tenha a sede em Portugal. Segundo a lei portuguesa, a sociedade será portuguesa, mas, segundo a lei brasileira, será brasileira, desde que tenha o seu contrato arquivado no Brasil, aí tenha inscrita a firma, e a gerência esteja confiada a brasileiros (Dec. n.º 10524, de 23 de outubro de 1915, art. 5.º, § 2.º).

Mas, se assim é, que nacionalidade deverá ser atribuída às pessoas colectivas de duas ou mais nacionalidades, quer pelos tribunais dos países de que elas sejam nacionais, quer pelos tribunais de terceiros Estados?

Importa averiguar se a hipótese está ou não prevista na legislação local. Se a hipótese estiver prevista, é claro que o tribunal tem de seguir o preceito da *lex fori*.

Se a hipótese não tiver sido prevista, o que acontece entre nós, ainda importa considerar separadamente o caso de a questão se levantar perante os tribunais de algum dos Estados de que a pessoa colectiva seja nacional, ou perante os tribunais de um terceiro Estado.

No primeiro caso, os tribunais considerá-la não nacional do respectivo país. As leis atributivas da nacionalidade aos indivíduos ou às pessoas colectivas são, segundo a concepção usual, leis de ordem pública internacional ou, segundo o conceito mais exacto de Arminjon, *leis constitutivas do sistema jurídico* em que se integram e, como tais, exclusivas de quaisquer leis estrangeiras que disponham de modo contrário (1). E bem se compreende, com efeito, que as leis que estabelecem os critérios donde deriva a qualidade de nacional de um Estado, para o efeito de fixar os indivíduos ou as colectividades que estão normalmente sujeitos às leis desse Estado, não podem dar partilha às leis correspondentes dos outros Estados.

Mas em terceiros Estados?

Para estes Estados têm igual valor as leis de cada um dos Estados que considerem a pessoa colectiva sua nacional. Como eles não podem, porém, considerar uma pessoa colectiva como sendo ao mesmo tempo nacional de dois Estados, precisam de escolher; essa escolha tem de ser feita segundo um critério de justiça, esse critério não podem deixar de ir buscá-lo à sua própria lei, para ser um critério objectivo e igual para todos os tribunais, e por isso considerarão a pessoa colectiva nacional do Estado cuja lei se identificar ou mais se aproximar da *lex fori*. É uma solução paralela à que adoptámos para o caso de um indivíduo ter duas nacionalidades e não ter domicílio em nenhum dos Estados de que é nacional (2).

(1) Vide Anzilotti, *Rivista cit.*, pág. 125.

(1) Vide *Revue Darras — De Lapradelle*, vol. xv, pág. 402 e seg.

(2) *Supra*, pag. 120.

§ II

Reconhecimento internacional e capacidade

- I Reconhecimento internacional: 61 — Conteúdo geral do problema. 62 — Sistemas doutrinários. 63 — Direito internacional positivo. I — Critérios de investigação. 64 II — Pessoas colectivas de direito público. 65 III — Pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública. Doutrina geral. Direito português. 66 IV — Pessoas colectivas de direito privado e fim lucrativo. Doutrina geral. Direito português.
- II Capacidade: 67 — Formas da capacidade das pessoas colectivas. Capacidade funcional e capacidade jurídica. Capacidade de gozo e capacidade de exercício de direitos. 68 — Capacidade funcional. Seu regime quanto às pessoas colectivas de direito público e quanto às pessoas colectivas de direito privado. 69 — Capacidade jurídica. Sua extensão. 70 — Direito português. Capacidade funcional e capacidade jurídica.

I

61 — O carácter acentuadamente internacional que foi assumindo toda a vida moderna produziu naturalmente a tendência de expansão extraterritorial das pessoas colectivas e daí resultou, naturalmente, o problema do reconhecimento internacional das pessoas colectivas, que consiste em verificar se a uma pessoa colectiva que existe legalmente num determinado país deve ser reconhecida a personalidade jurídica nos demais países, à semelhança do que acontece com as pessoas singulares, cuja individualidade jurídica é internacionalmente reconhecida sem hesitações, embora por vezes com restrições, como acima ficou dito.

Devemos observar, desde já, que, em direito internacional privado, o problema versa sobretudo, como é intuitivo, sobre a actividade jurídica de direito privado, e portanto consiste em determinar se as pessoas colectivas estrangeiras podem gozar e exercer direitos privados no Estado local, e, designadamente, se podem adquirir direitos de crédito ou direitos reais e se podem adquirir bens por sucessão, não havendo que discutir a questão de se lhe atribuírem direitos de família, pois é evidente que as pessoas colectivas os não podem exercer, a não ser o direito de tutela, que por vezes a lei lhes confere, relativamente aos menores confiados à sua guarda (Cód. civil, art. 284.º a 292.º).

O problema tem sido discutido já *doutrinalmente*, já *em face do direito internacional positivo*.

Doutrinalmente, tem a questão sido discutida principalmente entre os partidários do sistema da ficção e os defensores do sistema da realidade, pronunciando-se aqueles, tendo à frente Laurent, contra o reconhecimento internacional das pessoas colectivas, e pronunciando-se estes, pela voz de Lainé, Michoud, Despagnet, Von Bar, Pillet, (1) etc., pela legitimidade daquele reconhecimento.

A doutrina dos primeiros é assim resumida por Michoud: «A pessoa colectiva é uma criação da lei e esta criação apenas tem valor nos limites do território regido por essa lei; um legislador pode muito bem criar uma ficção, mas esta ficção não pode impor-se ao mundo inteiro. Depende do legislador de cada país admitir ou repelir as pessoas colectivas estrangeiras; e para as admitir deve reconhecê-las expressamente, *criá-las de novo*, em virtude do mesmo poder por que são criadas as pessoas colectivas internas. Há pois entre as pessoas singulares e as pessoas colectivas uma diferença capital: as primeiras existem por si mesmas, e a sua existência impõe-se *a priori* a todos os legisladores, podendo os Estados estrangeiros limitar os seus direitos, mas não podendo considerá-las inexistentes; as segundas apenas existem nos países que consentem em reconhecê-las» (2).

A teoria da ficção conduziu assim à defesa do sistema da necessidade da autorização, ou melhor, da *segunda criação* das pessoas colectivas estrangeiras, para o efeito do seu reconhecimento em qualquer Estado.

Ao sistema da autorização foi contraposto pelos defensores da teoria da realidade das pessoas colectivas o sistema do reconhecimento sem autorização, assim formulado por Pillet: «Ao passo que a doutrina da ficção limita essencialmente ao território o efeito da personalidade, a escola da realidade inspira-se em princípios completamente diferentes. Reconhece, ao contrário, que as pessoas colectivas estrangeiras, legalmente constituídas no seu país de origem, possuem igualmente uma existência civil em país estrangeiro. É uma consequência directa da doutrina da realidade, segundo a qual a personalidade jurídica dos grupos deve ser assemelhada à dos indivíduos. Desde então as pessoas colectivas devem ser tratadas de modo idêntico, em todos os países, sob o ponto de vista internacional. E como o reconhecimento da personalidade dos indivíduos nunca levantou dificuldades, o mesmo deve acontecer com as pessoas colectivas (3)».

(1) Vide Michoud, II, pág. 354; Pillet, ob. cit., pág. 17 e seg.

(2) Ob. cit., vol. II, pág. 355.

(3) Ob. cit., pág. 42.

Eis os dois sistemas do reconhecimento mediante autorização e do reconhecimento *de plano* na sua fórmula e nos seus fundamentos.

Além do carácter fictício da personalidade colectiva ainda têm sido alegadas contra o reconhecimento de pleno direito das pessoas colectivas estrangeiras estas duas considerações: a) A lei que regula a constituição das pessoas colectivas propõe-se realizar um interesse social e portanto é uma lei de ordem pública e territorial, como o são todas as leis que têm por objecto o interesse social. O legislador, órgão do interesse geral, é, em cada país, o unico juiz competente para apreciar a utilidade e a legitimidade das corporações, apreciação forçosamente variável de país para país, segundo a sua condição intelectual, moral e económica, de modo que um estabelecimento útil num país pode ser prejudicial num país diferente, e por isso as pessoas colectivas legalmente existentes num Estado, não só têm um cunho local, mas a sua admissão em país estrangeiro sem necessidade de autorização poderá ser contrária aos princípios sancionados pelas leis dêste país; b) O Estado precisa de precaver-se contra o perigo que para a sua segurança podem representar as associações estrangeiras quando exerçam a sua actividade dentro do território.

Fácil é, porém, impugnar o valor das razões produzidas em defesa do sistema da autorização.

O primeiro fundamento representa apenas o produto de um conceito scientificamente envelhecido. Os interesses colectivos dos grupos humanos são uma realidade, um facto, e, por isso, a personalidade colectiva constitui a forma jurídica de uma realidade social, e não uma arbitraria concessão do legislador. E, vista assim a personalidade colectiva, não há motivo de ordem scientifica para recusar ao homem associado o que se lhe concede quando isolado. A personalidade colectiva é o complemento natural da personalidade singular e, por isso, o reconhecimento internacional das pessoas colectivas é a consequência lógica do reconhecimento da personalidade individual. Nem faça dúvida a circunstância de, em cada país, a lei definir as regras de organização das pessoas colectivas e determinar os seus direitos, pois hoje já ninguém contesta que uma lei possa produzir efeitos no estrangeiro. A todo o momento os tribunais de um país applicam leis estrangeiras e reconhecem actos jurídicos praticados sob o domínio dessas leis. Porque afastar, pois, uma lei estrangeira que cria uma pessoa colectiva?

A segunda razão representa um exagêro e uma confusão. O exagêro está em se afirmar que o Estado, ao regular a organização das pessoas colectivas, tem sempre em vista o interesse público, quando é certo que a personalidade jurídica se concede muitas vezes a entidades de mero interesse particular, como são as sociedades comerciais. A confusão vem de não se distinguir, quanto às pessoas colectivas de direito

público ou de mera utilidade pública, únicas que organizam um interesse verdadeiramente social, entre a sua *capacidade funcional* (administração pública, beneficência, ensino, etc.), e a sua *individualidade jurídica de direito privado*, para a aquisição e exercício de *direitos patrimoniais*, individualidade que é concomitante, mas diferenciada, da função pública que essas pessoas exercem. A função pública é, em princípio, *territorial*, não podendo, em regra, ser exercida fora do Estado onde as pessoas colectivas estão constituídas e exercem a sua actividade social, mas a sua actividade de direito privado pode evidentemente ser exterritorial sem prejuizo dos interesses dos outros Estados (1).

O perigo da admissão das pessoas colectivas estrangeiras pode ser real, mas ninguém contestará ao Estado o direito de reduzir a proporções inofensivas a acção de semelhantes entidades, como o pode fazer em relação às pessoas colectivas nacionais, de que aliás podem derivar perigos iguais, sem que porisso ninguém se tenha ainda lembrado de impugnar a existência de pessoas colectivas nacionais. Não é, pois, necessário, para afastar o perigo possível da acção das pessoas colectivas estrangeiras, estorvar a vida internacional numa das suas manifestações mais importantes.

A razão jurídica — derivada da natureza das pessoas colectivas como modalidades da vida jurídica das pessoas singulares e do seu destino como meio de potencializar e suprir a actividade limitada dos individuos — parece, pois, exigir o reconhecimento internacional de pleno direito das pessoas colectivas e pôr de lado o sistema da autorização.

Contudo, a legitimidade scientifica do direito não é ainda o direito, porque êste não é um *imperativo da razão*, como o concebia a escola do direito natural, mas um imperativo da vontade do Estado (direito interno) ou da vontade colectiva dos Estados (direito internacional), e por isso o que importa averiguar é se a legitimidade scientifica do reconhecimento internacional da personalidade colectiva corresponde a existência de uma regra de direito internacional positivo de que derive para os Estados a obrigação daquelle reconhecimento.

63 — 1 - Critérios de investigação. Por um de dois processos se tem procurado demonstrar que já hoje existe o *dever internacional* de reconhecer as pessoas colectivas estrangeiras.

O primeiro processo consiste em derivar êsse dever de um *princípio anterior* já firmado pelo direito internacional positivo. É o processo seguido por Michoud e Pillet.

(1) Sacopoulo, *Des personnes morales en droit international privé*, Genève, 1898, pág. 19 e seg.

Michoud escreve: « O direito internacional moderno desprende-se pouco e pouco do velho princípio da territorialidade das leis. O seu princípio fundamental é que toda a relação jurídica nasce sob o império de uma lei determinada, que é a única competente para determinar as suas conseqüências e que, em princípio, deverá ser aplicada em qualquer lugar que estas conseqüências se produzam, a não ser que nesse lugar a isso se oponham considerações de ordem pública. No fundo, está aí a ideia comum que constitui a base dos diversos sistemas que dividem os autores. Ora que vemos nós quando assistimos ao nascimento de uma pessoa colectiva em qualquer país? Vemos criarem-se relações jurídicas entre pessoas singulares (associação, sociedade, afectação de certos bens a um dado fim); a lei competente que regula estas relações faz daí derivar, entre outras conseqüências, quando são observadas determinadas regras, a existência de uma pessoa colectiva. Esta conseqüência, como as outras, deve ser admitida, em princípio, pelas legislações estrangeiras ⁽¹⁾.

Por seu lado Pillet escreve: « Sob o ponto de vista jurídico, a pessoa colectiva oferece-nos o exemplo de uma situação jurídica estabelecida segundo os preceitos de uma dada legislação, de que resulta para os interessados uma série de direitos e deveres. Esta situação deve prolongar os seus efeitos no domínio das relações internacionais. Ora, não é necessário, para justificar este resultado, recorrer a ideias ou teorias especiais, que sejam próprias à matéria das pessoas colectivas. Basta aplicar os princípios gerais do direito internacional privado, especialmente o princípio do efeito internacional dos direitos adquiridos... As pessoas colectivas têm, pois, um direito internacionalmente adquirido ao reconhecimento da sua existência. E, desde que este direito foi regularmente adquirido num país, deve ser reconhecido no estrangeiro. Tal é a razão jurídica do reconhecimento internacional da personalidade colectiva » ⁽²⁾.

O princípio de Michoud e Pillet é fundamentalmente o mesmo: é o princípio do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos. Para ambos, a personalidade colectiva representa um direito legitimamente adquirido, desde que seja constituída em harmonia com a lei competente para presidir à sua constituição. Ora, porque é princípio indiscutível de direito internacional privado que os direitos legitimamente adquiridos devem ser internacionalmente reconhecidos, firam os dois autores a conclusão de que a personalidade colectiva deve ser internacionalmente reconhecida, desde que represente um direito legitimamente adquirido.

Na aparência, a teoria é triunfante. Sê-lo há, porém, na realidade?

E' para nós incontestável que o reconhecimento internacional dos direitos legitimamente adquiridos é hoje um princípio indiscutível de direito internacional positivo, firmemente estabelecido pelo costume internacional, princípio absolutamente indispensável à estabilidade da situação jurídica do indivíduo nas relações internacionais e à garantia das relações jurídicas de direito privado.

Conter-se há, porém, nesse princípio o reconhecimento internacional da personalidade colectiva? Apesar da grande autoridade dos dois nomes que subscrevem a teoria, não a podemos admitir, pois nos não parece que a personalidade colectiva possa considerar-se um direito adquirido de um grupo de pessoas singulares. O direito adquirido é uma situação jurídica subjectiva, isto é, a subjectivação de um poder objectivo reconhecido pela lei, que se atribui naturalmente a uma pessoa certa e determinada, exactamente porque se subjectiva, pois se não compreende a subjectivação sem um sujeito em quem se effective. Ora a personalidade colectiva, longe de ser uma simples situação jurídica subjectiva, é um sujeito de direitos, isto é, um ente susceptível de adquirir direitos, e por isso, se fôsse verdadeira a teoria de Michoud e Pillet, resultaria que a simples relação jurídica que é o direito adquirido se transformaria no poder geral de adquirir novos direitos, o que vai muito além do conceito corrente de direito adquirido e não é tècnicamente exacto.

Mas, supondo que a personalidade colectiva era um direito subjectivo de cada um dos destinatários da personalidade, viria lógicamente o corolário de que a personalidade colectiva era um direito comum dos mesmos destinatários, uma aquisição da sua própria personalidade, o que é contrário a toda a teoria da personalidade colectiva, que vê na pessoa colectiva um sujeito de direitos diferente de cada um dos destinatários da personalidade.

Demais, se a personalidade colectiva representasse um direito subjectivo dos destinatários da personalidade, teríamos que, à excepção das sociedades em nome colectivo, cuja personalidade é aliás vivamente impugnada pelo próprio Michoud ⁽¹⁾, semelhante direito seria sempre de sujeito indeterminado, pois em todas as pessoas colectivas, menos naquelas sociedades, se admitir a sua personalidade, se pode dar a renovação constante dos destinatários da personalidade, tornando-se a personalidade colectiva um direito subjectivo de sujeito sempre incerto.

Tudo isto seria juridicamente extravagante e tudo isto é condenado pelas exigências da técnica jurídica

(1) Ob. cit., II, pág. 558.

(2) Ob. cit., n.ºs 54 e 55. pág. 46 e 48.

(1) I, pág. 170 e seg

A personalidade colectiva não é, em verdade, um direito adquirido de pessoas singulares, mas sim um *sujeito de direitos*, paralelo das mesmas pessoas singulares e reconhecido pela ordem jurídica, como pela ordem jurídica é reconhecida a personalidade dos indivíduos. A ordem jurídica, assim como reconhece ao indivíduo o direito de personalidade logo que se verifica a condição da sua existência, assim reconhece aos grupos humanos aquele direito quando se verifiquem determinadas condições previstas na lei. Trata-se, pois, de *fenómenos jurídicos paralelos*, e não de *fenómenos jurídicos sucessivos*, em que a personalidade colectiva figure como um *derivado* da personalidade singular. É assim que as coisas se passam na ordem jurídica interna, e por isso é assim que elas devem ser encaradas perante a ordem jurídica internacional.

O problema deverá, pois, pôr-se dêste modo: assim como há um princípio de direito internacional positivo que obriga os Estados a reconhecer a personalidade jurídica dos indivíduos, haverá igualmente um princípio de direito internacional positivo que os obrigue a reconhecer as pessoas colectivas estrangeiras?

É evidente que o princípio que obriga os Estados a reconhecer a personalidade jurídica dos estrangeiros indivíduos não pode ampliar-se ao reconhecimento das pessoas colectivas estrangeiras: 1.º porque, embora sejam ambas um produto da ordem jurídica, a personalidade colectiva é diferente da personalidade singular, enquanto a pessoa singular tem por substracto o indivíduo, em quem *normalmente* se identifica o *interesse*, conteúdo do direito, e a *vontade*, meio de realização desse interesse, e a pessoa colectiva tem por substracto os interesses de um grupo, interesses que não são realizados pela vontade do grupo, a qual não existe, mas mediante a vontade de um indivíduo, que é *representante* do grupo, e bem se compreende que a obrigação de o Estado respeitar a personalidade do estrangeiro indivíduo não arrasta consigo a obrigação de respeitar a personalidade das pessoas colectivas estrangeiras; 2.º porque, como dissemos noutra parte, as regras de direito internacional consuetudinário ou convencional não podem aplicar-se por analogia, exactamente porque constituem restrições da liberdade do Estado e as restrições não podem alargar-se por analogia (1).

Haverá, porém, uma *regra específica* de direito internacional que imponha aos Estados o reconhecimento das pessoas colectivas estrangeiras?

Alguns escritores, como Von Bar, Asser-Rivier e Fedozzi, afirmam existir uma regra de direito consuetudinário internacional no sentido de dever ser reconhecida a personalidade das pessoas colectivas estrangeiras. Von Bar escreve: «Se os Es-

tados e as nações constituem uma comunidade jurídica internacional, serão obrigados *de facto* ao reconhecimento mútuo das pessoas colectivas que se constituíram ou que se formaram no território dos Estados vizinhos. A prática do direito internacional sanciona a necessidade dêste reconhecimento. Pode ser que seja um simples uso internacional que existe sobre este ponto, em todo o caso há elementos suficientes de lógica jurídica para provar a existência de uma regra de direito». (2) Asser-Rivier dizem: «A sociedade que tiver personalidade jurídica segundo a lei da sua sede social, conservará este carácter em qualquer outro país; deriva isto de um verdadeiro direito consuetudinário relativo às pessoas colectivas, que é admitido numa grande parte da Europa e que bem seria transformar em direito escrito». (3) Fedozzi, por seu lado, referindo-se às pessoas colectivas de direito privado e de fim não lucrativo, considera «possível encontrar os elementos de um verdadeiro e próprio costume internacional». (4) Ao inverso, Laurent (5) e Zittelman (6) contestam a existência de tal costume internacional, entendendo que é livre para o Estado reconhecer ou deixar de reconhecer as pessoas colectivas estrangeiras.

Com quem estará a razão jurídica?

Cremos que o pretendido costume internacional é de existência muito incerta. Semelhante costume só poderia revelar-se por uma de duas ordens de factos: ou pela uniformidade da legislação e da jurisprudência dos diversos países quanto ao reconhecimento das pessoas colectivas estrangeiras, quando essa uniformidade significasse o propósito de cada um dos Estados corresponder à vontade dos outros Estados de considerar obrigatório tal reconhecimento, isto é, existindo o elemento *reciprocidade*, que é indispensável à existência do costume internacional; ou pela exigência de responsabilidade àqueles Estados que não reconheçam a personalidade das pessoas colectivas estrangeiras. Ora, a verdade é que nem a *uniformidade reciproca* se verifica como princípio geral que abranja todas as pessoas colectivas, nem a prática internacional demonstra que, em nome do costume internacional, os Estados tenham exigido uns aos outros responsabilidade pelo não reconhecimento das pessoas colectivas estrangeiras.

O mais que pode dizer-se é que as leis ou a jurisprudência dos Estados civilizados, na sua maioria, reconhecem as pessoas colectivas estrangeiras, sem que isso tenha chegado a constituir um costume internacionalmente obrigatório (7).

(1) Ob. cit., § 104.º

(2) *Éléments de droit international privé*, pág. 198.

(3) *Il diritto processuale civile internazionale*, pág. 198.

(4) *Droit civil international*, IV, n.ºs 100 e 119 e seg.

(5) Citado por Fedozzi, ob. cit., pág. 196, nota 2.

(6) Anzilotti, *Corso di lezioni*, pág. 81 e 82.

(1) Supra, n.º 21.

Mas, se não existe um costume internacional geral que abranja todas as pessoas colectivas estrangeiras, não existirá ao menos uma regra especial que abranja uma determinada categoria de pessoas colectivas?

Essa regra existe, a nosso ver, relativamente às pessoas colectivas de direito público. Quanto às pessoas colectivas de direito privado, ainda são livres os Estados em reconhecer ou não as existentes nos outros Estados. Consideraremos, pois, separadamente as duas ordens de pessoas colectivas.

64 — I — *Pessoas colectivas de direito público.* Pertencem a este grupo o Estado, as autarquias locais e os institutos públicos personalidades. Começemos pelo

1.º) *Estado.* É doutrina quasi unânime que o reconhecimento diplomático do Estado envolve o seu reconhecimento como pessoa colectiva dotada de individualidade de direito privado. E a doutrina do reconhecimento dos Estados estrangeiros com pessoas colectivas foi formalmente consagrada pelo Instituto de direito internacional, na sessão de Copenhague de 1897, onde, a respeito das *pessoas morais públicas*, foram, entre outras, votadas estas resoluções: «I. As pessoas morais públicas reconhecidas no Estado de origem são reconhecidas de pleno direito em todos os outros Estados. VIII. As regras precedentes aplicam-se tanto aos Estados estrangeiros como às outras pessoas morais públicas» (1).

Com a generalidade da doutrina coincide a prática internacional, na qual não existe dúvida alguma, como nota Fedozzi, acêrca da vontade dos Estados no sentido de mutuamente se reconhecerem como sujeitos de direito privado, enquanto a capacidade de contratar e de estar em juízo fora do próprio território corresponde muitas vezes a exigências impreteríveis do seu organismo interno (2). E que assim é, prova-o a uniformidade da jurisprudência alemã, belga, francesa, inglesa, italiana, norte-americana e suíça no sentido de reconhecer a capacidade jurídica dos Estados estrangeiros, sendo este mesmo princípio formalmente consagrado no artigo 34.º do Código civil argentino, no arttgo 19.º da lei preliminar do Código civil brasileiro, e no artigo 3.º do tratado de Montevideo sobre direito civil internacional, assim redigido: «O Estado, na sua qualidade de pessoa jurídica, tem capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações no território de outro Estado, em conformidade das leis deste ultimo». E é significativo o facto que, mesmo nos Estados onde, em princípio, não são reconhecidas as pessoas colectivas estrangeiras, como acontece na Bélgica e no Japão (3),

se abre excepção para o Estado e para as demais pessoas de direito público. Razão tem por isso Fedozzi para escrever: «Pode muito bem dizer-se que o Instituto de direito internacional não fez senão seguir um costume internacional já bem estabelecido, quando, na sessão de Copenhague de 1897, propôs que a personalidade jurídico-privada dos Estados fosse reconhecida por toda a parte, com o consequente direito de acção perante os tribunais estrangeiros, por intermédio dos seus representantes ordinários.» (1)

2.º) *Autarquias locais e institutos públicos personalizados.* O Instituto de direito internacional englobou na mesma fórmula — *pessoas morais públicas* — todas as pessoas colectivas de direito público e portanto as autarquias locais e os institutos públicos personalizados. E a identificação feita pela benemérita academia científica tem o apoio da doutrina que, como diz Fedozzi, «sempre usou, para com a comuna, para com as outras circunscrições territoriais e para com os estabelecimentos públicos de um Estado estrangeiro, do mesmo tratamento de que usa para com este» (2), e tem a consagração da prática dos diferentes Estados no sentido de reconhecer a capacidade jurídica das pessoas de direito público, sendo certo, como já acima notámos, que nos países onde, em princípio, não são reconhecidas de pleno direito as pessoas colectivas estrangeiras, se abre excepção para as pessoas colectivas de direito público.

E o motivo daquela identificação é de primeira intuição. As autarquias locais e os estabelecimentos públicos integram-se no organismo do Estado, e por isso o reconhecimento deste envolve consequentemente todos os seus órgãos, tanto os que vivem da sua personalidade, como aqueles que, tendo personalidade independente, exercem poderes que fundamentalmente pertencem ao Estado.

65 — III — *Pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública.* A respeito das pessoas colectivas de direito privado não há elementos para afirmar a existência de um costume internacional que obrigue os Estados ao seu reconhecimento internacional. Contudo, a necessidade deste reconhecimento tem por si uma forte corrente doutrinal, como noutro lugar fica dito, e o direito comparado revela uma decidida *tendência* para a consagração do mesmo reconhecimento como um *princípio uniforme* do direito moderno, que mais cedo ou mais tarde será convertido num *princípio de direito internacional*. É o que vamos verificar, primeiro, acêrca das pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública e, depois, acêrca das sociedades.

(1) *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XVI, pág. 307.

(2) *Ob. cit.*, pág. 172.

(3) *Pillet.*, *ob. cit.*, pág. 73 e 83; *Cód. civil jap.*, art. 36.º.

(1) *Ob. cit.*, pág. 175.

(2) *Ob. cit.*, pág. 179.

É relativamente grande o número de Estados que reconhecem de pleno direito as pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública e é relativamente pequeno o número de Estados que não as reconhecem sem autorização. Entre os primeiros, podemos indicar a Alemanha (para as pessoas que no império não precisam de autorização prévia) ⁽¹⁾, Argentina ⁽²⁾, Austria ⁽³⁾, Brasil ⁽⁴⁾, Dinamarca ⁽⁵⁾, Estados Unidos ⁽⁶⁾, Holanda ⁽⁷⁾, Inglaterra ⁽⁸⁾, Mónaco ⁽⁹⁾, Montenegro ⁽¹⁰⁾, Noruega ⁽¹¹⁾, Portugal, Suíça ⁽¹²⁾ e Venezuela ⁽¹³⁾. A estes Estados ainda podem juntar-se, pelo menos nas suas relações mútuas, a Bolívia, o Paraguai, o Peru e o Uruguai, que assinaram e ratificaram o tratado de Montevideo sobre direito civil internacional, cujo artigo 4.º dispõe como segue: «A existência e a capacidade das pessoas jurídicas de carácter privado é regulada pelas leis do país em que foram reconhecidas como tais. O carácter de que estão revestidas habilita-as plenamente a exercer fora do lugar da sua instituição todas as acções e direitos que lhes correspondam. Mas, para a prática de actos compreendidos no objecto especial do seu instituto ficam sujeitas às prescrições estabelecidas pelas leis do Estado em que se proponham praticar esses actos».

Estados que não reconheçam as pessoas morais estrangeiras de direito privado, apontam-se a Bélgica ⁽¹⁴⁾, a Espanha ⁽¹⁵⁾,

(1) Lei de introdução do Código civil, art. 10.º.

(2) Código civil, art. 34.º.

(3) Arg. do § 34 do Cód. civil, que manda regular a capacidade pessoal dos estrangeiros pela lei do seu domicílio e, na falta deste, pela lei nacional, salvo disposição em contrário (Vid. Fedozzi, ob. cit., pág. 208).

(4) Cód. civil, *Introdução*, art. 20.º. Este artigo sujeita a autorização as sociedades estrangeiras por acções e de intuitos não economicos para poderem funcionar no Brasil. Em nosso entender este preceito não exige autorização para que tais sociedades pratiquem actos isolados de direito privado (Vid. *Boletim da Faculdade de direito*, ano III, n.º 26 e 27, pág. 255).

(5) Fedozzi, ob. cit., pág. 211.

(6) Wharton, *A treatise on the conflicts of laws*, t. § 105 a), t. pág. 238 e seg.

(7) Asser-Rivier, ob. cit., pág. 198.

(8) Dicey, *The conflict of laws*, 2.ª ed., § 128, pág. 469.

(9) Weiss, ob. cit., tom. II, pág. 619; Rolland, *Clunet*, 1890, pág. 256.

(10) Cód. geral dos bens, art. 787.º.

(11) Fedozzi, ob. cit., pág. 211.

(12) Roguin, *Conflicts des lois suisses*, pág. 472; Meili, ob. cit., pág. 202 e seg.

(13) Weiss, ob. cit., pág. 690.

(14) Laurent, *Droit civil international*, vol IV, n.º 207, pág. 267; Pillet, ob. cit., pág. 75; Fedozzi, ob. cit., pág. 201.

(15) O artigo 28.º do Código civil espanhol deixa dependente de tratado ou de leis especiais o reconhecimento das associações e fundações estrangeiras e portanto não reconhece em princípio as mesmas associações.

a França ⁽¹⁾, a Itália ⁽²⁾, o Japão ⁽³⁾ e a Rússia ⁽⁴⁾. A par com estes Estados, ainda importa mencionar a Alemanha, relativamente às pessoas colectivas que no império precisam de autorização para se constituírem, que são todas as pessoas colectivas que têm por fim operações económicas (Cód. civil alemão, art. 22.º). Pela letra do artigo 10.º da lei de introdução do Código civil, parece que também precisariam de autorização as pessoas colectivas que estão sujeitas a registo. A interposição mais autorizada é, porém, no sentido de que a autorização se limita àquelas que, sendo alemãs, também precisariam de ser autorizadas ⁽⁵⁾.

Tendo mencionado Portugal ao lado dos Estados que reconhecem as pessoas morais estrangeiras de direito privado, importa demonstrar semelhante afirmação, não havendo, como não há, texto algum que se refira expressamente ao assunto.

Já a questão foi entre nós versada doutrinalmente pelos professores José Alberto dos Reis e Guilherme Alves Moreira, pelo primeiro no livro *Das sucessões no direito internacional privado* ⁽⁶⁾, e pelo segundo na *Revista de legislação e de jurisprudência* ⁽⁷⁾, decidindo-se ambos no sentido de que o direito português reconhece a individualidade jurídica das pessoas colectivas estrangeiras sem necessidade de qualquer autorização.

Consideramos esta doutrina inteiramente exacta.

Não existe na nossa legislação texto algum que *directamente* mande reconhecer ou desconhecer a individualidade jurídica das pessoas morais estrangeiras.

Há, porém, dois textos que parecem levar à conclusão de que o direito português não autoriza o reconhecimento daquelas pessoas, tornando-se por isso necessário medir o seu alcance. São os artigos 26.º e 33.º do Código civil, enquanto o primeiro parece restringir o reconhecimento de direitos aos *estrangeiros que viajam ou residem em Portugal*, e a verdade é que as pessoas colectivas estrangeiras não podem satisfazer a esta condição, e o segundo declara que nenhuma associação ou corporação pode representar uma individualidade jurídica não se achando legalmente autorizada, o que parece legitimar o corolário de que seria necessária autorização para que qual-

(1) Em França não há texto expresso, mas a jurisprudência é desfavorável às pessoas colectivas de fim não lucrativo, apenas lhes reconhecendo capacidade para serem demandadas em França (Pillet, ob. cit., pág. 65).

(2) A doutrina geral é pelo reconhecimento, mas a jurisprudência, que já foi no mesmo sentido, é hoje em sentido contrário (Fedozzi, ob. cit., pág. 197 e seg.).

(3) Pillet, ob. cit., pág. 85; Cód. civ. jap., art. 36.º.

(4) Weiss, ob. cit., pág. 670.

(5) Vid. Pillet, ob. cit., pág. 74.

(6) Pág. 208 e seg.

(7) Ano 42.º, n.º 1797, pag. 145.

quer pessoa colectiva estrangeira pudesse exercer quaisquer direitos privados.

Não é, porém, êsse, em nosso entender, o significado nem do artigo 26.º nem do artigo 33.º.

Quanto ao artigo 26.º, já notámos que o seu pensamento não foi subordinar a concessão de direitos privados aos estrangeiros à condição de viajar ou residir no país, mas simplesmente equiparar os estrangeiros aos nacionais quanto ao gozo desses direitos, considerando embora exemplificativamente a hipótese mais comum de os estrangeiros viajarem ou residirem em Portugal (1).

O artigo 33.º refere-se evidentemente às pessoas morais portuguesas, para o efeito de definir o sistema português da sua constituição, que é o sistema romanista da *autorização*, não tendo em vista as pessoas colectivas estrangeiras: 1.º) porque não há a menor referência, no título relativo às *peçoas morais*, às pessoas morais estrangeiras, vendo-se claramente do disposto nos artigos 32.º a 37.º que o legislador pensou apenas nas pessoas morais portuguesas; 2.º) porque, tendo o Código civil tratado nos dois títulos anteriores — *Dos cidadãos portugueses em país estrangeiro* e *Dos estrangeiros em Portugal*, era naturalmente neste último título que o mesmo Código teria estabelecido qualquer preceito restritivo da capacidade das pessoas morais estrangeiras, se por ventura fivesse em mente estabelecer a restrição.

Desviados assim os embaraços que podiam resultar dos artigos 26.º e 33.º do Código civil, importa verificar se no sistema das nossas leis se contém ou não o princípio do reconhecimento das pessoas morais estrangeiras de direito privado.

Pensamos que o princípio se contém nas ideas que informam as leis portuguesas acêrca da condição dos estrangeiros.

Em primeiro lugar, é regra geral, consignada no artigo 26.º do Código civil, que os *estrangeiros* gozam em Portugal dos mesmos direitos que os cidadãos portugueses. É evidente que a regra abrange os *estrangeiros indivíduos*. Também é evidente que a lei portuguesa reconhece direitos aos cidadãos portugueses, não só considerados individualmente, mas quando *organizados* em pessoas colectivas. Mas, se os estrangeiros são equiparados aos portugueses quanto ao gozo de direitos privados, a equiparação deve abrangê-los quer considerados individualmente quer organizados em pessoas colectivas. E esta conclusão, que resulta da simples análise do artigo 26.º do Código civil, é confirmada pela concepção que da personalidade colectiva tinha o autor do Código civil. O artigo 1.º do seu Projecto, que era quasi igual ao artigo 1.º do Código (1), foi criticado por empregar a fórmula — *só o homem*, ao dar a no-

(1) Supra, n.º 50.

ção da personalidade, quando era certo que o Código admitia, ao lado das *peçoas físicas*, as *peçoas morais*, pelo que era mais correcto empregar, em vez da palavra *homem*, a palavra *peçoas* (2). O Visconde de Seabra, entre outras coisas, respondeu: «Se efectivamente há outros seres, além do homem, que sejam susceptíveis de direitos e obrigações e não são compreendidos na palavra *homem*, os entes juridicos a que se alude são as corporações e associações, o Estado, os estabelecimentos públicos de caridade, instrução ou religião... mas «nenhumas dessas chamadas peçoas morais deixam de ser essencialmente compreendidas nas expressões «sómente o homem é susceptível de direitos e obrigações», pois que o homem se apresenta no desenvolvimento da sua vida jurídica sob diversos aspectos, já «como indivíduo isolado», já «como indivíduo unido com os outros ou associado», sendo certo que «sempre e em todo o caso é o homem e só êle que na realidade aparece como sujeito de direito» (3). Não há nada mais claro. Para o autor do Código, a pessoa moral é uma modalidade da pessoa singular. Mas, se assim é, reconhecer o estrangeiro indivíduo como pessoa para o gozo de direitos privados, envolve a consequência lógica de lhe atribuir não só os direitos que êle exerce como indivíduo isolado, mas também aqueles que exerce unido ou associado com outros indivíduos, organizados em peçoas colectivas.

Em segundo lugar, é certo que a personalidade colectiva existe em proveito dos indivíduos, servindo para organizar e realizar interesses colectivos, para que é insufficiente a actividade individual, e por isso, desde que se reconhece a personalidade do estrangeiro indivíduo, é lógico reconhecer a personalidade colectiva que *completa e amplia* a personalidade individual, devendo entender-se que o legislador não quis recusar ao homem associado aquilo que reconheceu ao homem isolado.

Em terceiro lugar, a lei reconhece expressamente a capacidade jurídica das sociedades legalmente constituídas em país estrangeiro (Cód. com., art. 109.º), e êsse facto deve ser interpretado como aplicação do princípio geral do reconhecimento das peçoas colectivas estrangeiras, pois, se se reconhece a capacidade de uma sociedade constituída com um fim de lucro, não é senão lógico reconhecer as peçoas colectivas de fins não lucra-

(1) Projecto. Art. 1.º Sómente o homem é susceptível de direitos e obrigações. É nisto que consiste a sua capacidade jurídica. Código. Art. 1.º Só o homem é susceptível de direitos e obrigações. Nisto consiste a sua capacidade jurídica, ou a sua personalidade.

(2) Morais de Carvalho, *Observações sobre a primeira parte do Código civil*, pág. 2; Vicente Ferrer Netto Paiva, *Reflexões sobre os sete primeiros títulos da primeira parte do projecto do Código civil*, pág. 16.

(3) *Novíssima apostila em resposta à diatribe do Snr. Augusto Teixeira de Freitas*, pág. 127 a 131.

tivos, tantas vezes mais elevados que o simples lucro, pois são fins científicos ou humanitários.

Por fim a doutrina do reconhecimento de pleno direito das pessoas morais estrangeiras tem a apoiá-la o decreto n.º 3891 de 4 de março de 1918, que isentou os Estados estrangeiros, sob a condição de reciprocidade, do pagamento de contribuição de registo pela aquisição de edifícios para a instalação das suas legações junto do Governo português, pois é evidente que esse decreto assenta sobre o princípio, embora o não formule, de que os Estados estrangeiros têm capacidade para adquirir bens e de que portanto gozar de individualidade jurídica, o que certamente autoriza a seguir a mesma doutrina a respeito das pessoas colectivas da categoria geral a que pertence o Estado, que são as pessoas morais (Cod. civil, art. 37.º).

Sendo procedentes, como nos parecem, as razões que ficam expostas, concluímos que o direito português reconhece a individualidade jurídica das pessoas colectivas estrangeiras sem necessidade de autorização.

66—IV—*Sociedades*. O estado do direito internaciona acêrca do reconhecimento das pessoas colectivas estrangeiras de direito privado e utilidade privada, isto é, acêrca das sociedades civis ou comerciais, é semelhante ao existente a respeito das pessoas morais de direito privado. Não existe um costume internacional que obrigue os Estados a reconhecê-las, mas existe uma decidida tendência para converter numa *regra de direito uniforme* o princípio do seu reconhecimento, que será o antecedente natural na sua conversão numa *regra de direito internacional*. É o que mostra o número de legislações que reconhecem a capacidade das sociedades comerciais estrangeiras, comparado com o número das legislações que não reconhecem aquela capacidade. Assim, emquanto a reconhecem a Alemanha (1), Argentina (2), Belgica (3), Brasil (4), Dinamarca (5), Espanha (6), Estados Unidos (7), França (8), Holanda (9), Inglaterra (10), Itália (11),

(1) Fedozzi, ob. cit., pág. 235.

(2) Cód. comercial, art. 285.º.

(3) Lei de 18 de maio de 1873, art. 128.º.

(4) Código civil, *Introdução*, art. 19.º a 21.º.

(5) *Clunet*, vol. XI, pág. 35.

(6) Código de comércio, arts. 15.º e 21.º.

(7) Wharion, ob. e log. cit., Meili, ob. cit., pág. 205; Fedozzi, ob. cit., pág. 238; Pillet, ob. cit., pág. 223.

(8) Fedozzi, ob. cit., pág. 225; Pillet, ob. cit., pág. 234.

(9) Fedozzi, ob. cit., pág. 235.

(10) Dicey, ob. cit., pág. 469.

(11) Código de comércio, art. 250.º.

Japão (1), Mónaco (2), Montenegro (3), Portugal e Suíça (4), apenas se apontam a Austria, a Grécia, a Hungria, a Ruménia, a Rússia e a Suécia como Estados que a não reconhecem, e ainda com atenuações, por isso que a Áustria e a Hungria, por exemplo, reconhecem às sociedades estrangeiras o direito de acção, independentemente de qualquer autorização (5).

Como fica dito, Portugal pertence ao número dos Estados que aceitam o princípio do reconhecimento das sociedades comerciais estrangeiras. E aqui a lei é expressa. Resolve a questão directamente o artigo 109.º do Código comercial, assim redigido: «As sociedades legalmente constituídas em país estrangeiro, que não tiverem sede, sucursal ou qualquer espécie de representação social no reino, poderão, apesar disso, praticar nele os respectivos actos de comércio não contrários à lei nacional».

Este princípio está, porém, sujeito a *condições* ou *restrições*, como são as seguintes:

1.º) As sociedades legalmente constituídas em país estrangeiro que estabeleçam, em Portugal e colónias, sucursal ou qualquer espécie de representação social, ficam sujeitas às disposições do Código comercial, quanto ao registo e publicação dos actos sociais e mandatos dos respectivos representantes nos mesmos termos que as correspondentes sociedades nacionais, e quanto à falência, nos termos do artigo 13.º, § único, do Código de processo comercial, e os representantes de semelhantes sociedades contraem para com terceiros as mesmas responsabilidades que os representantes das sociedades nacionais (Cód. com., art. 111.º; dec. de 23 de dezembro de 1899, art. 2.º).

2.º) As sociedades bancárias estrangeiras não podem estabelecer qualquer sucursal ou agência em Portugal sem autorização do Governo, que não deverá concedê-la sem que se fixe o capital com que a agência ou sucursal pretende funcionar no país e sem que se obrigue a ter à frente dos negócios da agência um director responsável (Lei de 3 de abril de 1896, art. 18.º; Reg. de 27 de agosto do mesmo ano, art. 5.º).

3.º) As sociedades anónimas estrangeiras que pretenderem adquirir bens imobiliários na metrópole, para os conservar em seu domínio e posse por mais de dez anos, precisam de autorização do poder executivo e legislativo, nos termos do artigo 162.º, § 2.º, do Código comercial, o qual é claramente uma lei de ordem pública, aplicável tanto às sociedades nacionais como às sociedades estrangeiras; e *quaisquer* sociedades es-

1) Cód. comercial, arts. 255.º a 260.º.

(2) Weiss, *Traité*, II, pág. 619.

(3) Código geral dos bens, art. 787.º.

(4) Pillet, ob. cit., n.º 159.

(5) Pillet, ob. cit., n.ºs 140, 156, 157 e 158.

trajneiras que pretendam empreender nas colónias qualquer exploração agrícola e adquirir a posse de bens imobiliários, ainda por menos de dez anos, precisam de sujeitar os seus estatutos à aprovação do Governo da metrópole ou obter a autorização exigida pelo referido § 2.º do artigo 162.º, do Código comercial (Dec. de 23 de dezembro de 1899, art. 2.º, § único, e art. 1.º, § 5.º).

4.º) As sociedades de seguros estrangeiras, que pretendam exercer a sua indústria em Portugal, além de estarem sujeitas às exigências estabelecidas para as sociedades estrangeiras em geral que pretendam estabelecer no país qualquer espécie de representação, precisam de autorização do Governo para funcionarem em território português, e de aí estabelecer uma agência com plenos poderes para praticar e liquidar as operações da sua indústria e para representar as mesmas sociedades perante os tribunais (Dec. de 21 de outubro de 1907, art. 49.º e 50.º, § único).

5.º) As sociedades estrangeiras não podem, segundo a lei geral, adquirir concessões de terrenos do Estado nas colónias (Lei de 9-v-1901, art. 44.º); e nas colónias onde, por diploma especial, lhes é facultada a aquisição, o que acontece na Índia (1), Guiné, Moçambique e Angola, não só devem conformar-se com a lei geral que regula o funcionamento nas colónias de quaisquer sociedades estrangeiras (Dec. de 23-xii-1899), mas têm de declarar por forma expressa que se sujeitam a todos os preceitos actuais e futuros da legislação portuguesa e à exclusiva jurisdição dos tribunais portugueses no que diz respeito aos terrenos que pretendam (Dec. n.º 3:602, de 24-xi-1917, art. 30.º, n.ºs 2.º e 3.º, e modelo A; Dec. n.º 3:641, de 29-xi-1917, art. 47.º, n.ºs 2.º e 3.º; Dec. n.º 3:983, de 16-iii-1918, art. 45.º, n.ºs 2.º e 3.º; Dec. n.º 5:847-C, de 31-v-1919, art. 44.º, n.º 2.º e 3.º).

6.º) As sociedades, em geral, não podem: a) ser proprietárias de navios portugueses (Acto de navegação de 8 de julho de 1863, art. 3.º, n.ºs 4.º e 6.º); b) praticar operações bancárias nas colónias da África ocidental, nem tão pouco ser concessionárias dos privilégios de emissão de notas ou de obrigações prediais para quaisquer colónias (Dec. n.º 5:809, de 30 de maio de 1919, art. 4.º e 5.º, § único); c) ser concessionárias da construção de canais e albufeiras para fins agrícolas (Dec. n.º 4:505 de 29 de junho de 1918); d) constituir agências de emigração (Dec. n.º 5:624, de 10 de maio de 1919, art. 18.º).

Vê-se, pois, que a lei portuguesa, sancionando aliás o princípio do reconhecimento internacional das sociedades comer-

ciais, limita o alcance desse princípio, já sujeitando a determinadas condições o seu funcionamento, já limitando a sua capacidade.

É aquilo que se diz das sociedades comerciais deve dizer-se das sociedades civis estrangeiras. Em verdade, a situação das sociedades civis é fundamentalmente semelhante à das sociedades comerciais, e por isso semelhante deve ser a sua situação jurídica, o que conduz a reconhecer, em princípio, às sociedades civis a sua existência e capacidade e a sujeitá-las às restrições e condições estabelecidas para as sociedades comerciais estrangeiras, quando elas se proponham a prática de actos que, quanto a estas sociedades, são sujeitos a restrições ou a condições. A semelhança de fins das duas ordens de sociedades envolve logicamente a sua submissão às mesmas regras de direito internacional privado.

II

67 — A *capacidade* é sempre um poder atribuído a uma pessoa pela ordem jurídica. A capacidade das pessoas colectivas é, pois, o complexo de poderes que lhe são reconhecidos pela lei para que elas possam realizar o seu fim.

Esta capacidade reveste, porém, duas formas características — a capacidade *funcional* e a capacidade *jurídica*. A *capacidade funcional* é o poder de realizar o fim para que são instituídas as pessoas colectivas, como a administração pública, a beneficência, a instrução, o desporto, a previdência, o comércio, a indústria, etc.

A *capacidade jurídica* é o poder de gozo de direitos privados necessários à realização do mesmo fim. A capacidade jurídica é, assim, um *meio* para a efectivação da capacidade funcional.

Quando considerada em relação aos indivíduos, a capacidade jurídica reveste dois aspectos: *capacidade de gozo de direitos*, que consiste no poder de fruir direitos, como o poder de constituir direitos de crédito, de ser proprietário, de ser herdeiro, etc.; e *capacidade de exercício de direitos*, que consiste em o titular de um direito o poder exercer pessoalmente.

Estes conceitos relativos à capacidade jurídica apenas se ajustam inteiramente às pessoas singulares.

É evidente que, tanto a respeito da pessoa singular como a respeito da pessoa colectiva, se pode falar da capacidade de gozo de direitos. Mas, relativamente às pessoas colectivas, já não pode falar-se rigorosamente de capacidade de exercício de direitos. A pessoa colectiva exerce os seus direitos pelos órgãos que a representam e, por isso, o que para a pessoa singular,

(1) No Estado da Índia, como acontece relativamente aos indivíduos (Supra, pag. 204, nota 1), as sociedades portuguesas preferem às sociedades estrangeiras, em igualdade de condições, quanto à adjudicação das concessões de terrenos do Estado (Dec. n.º 3:602, de 24-xi-1917, art. 30.º, § único).

quanto ao exercício de direitos, é um *problema de capacidade*, é para a pessoa colectiva um *problema de competência*, que consiste em determinar qual é o órgão da pessoa colectiva que pode exercer os direitos que a esta são atribuídos, bem como quais as atribuições e as responsabilidades dos representantes da pessoa colectiva no exercício dos seus direitos.

Sendo assim, o problema geral da capacidade jurídica das pessoas colectivas estrangeiras desdobra-se num problema propriamente de capacidade e num problema de competência, que importa estudar separadamente.

Neste lugar estudaremos apenas o problema da capacidade de gozo de direitos das pessoas colectivas, pois só esse problema se refere ao problema geral da *condição dos estrangeiros*. O problema da competência e responsabilidades dos órgãos de representação das mesmas pessoas é um problema de *conflitos de leis*, pois o que aí se discute é naturalmente qual seja a lei reguladora dessa competência e dessa responsabilidade, se a lei nacional da pessoa colectiva, se a lei do país onde esta exerce a sua actividade. O estudo desse problema cabe, pois, no capítulo destinado à determinação dos princípios que presidem à resolução dos conflitos de leis.

Por agora, estudaremos, pois, o problema da capacidade funcional das pessoas colectivas estrangeiras e o problema da sua capacidade de gozo de direitos privados.

Nas pessoas colectivas de direito público é nitidamente distinta a capacidade funcional, que é o poder de exercer uma *função política ou administrativa*, e a capacidade jurídica, que é o *poder de gozo dos direitos patrimónios* indispensáveis ou adequados ao exercício daquela função.

Nas pessoas colectivas de direito privado e fim lucrativo, a capacidade funcional resolve-se na prática de actos de direito privado, como facilmente se vê analisando o funcionamento de uma sociedade comercial, a qual reduz a sua actividade à preparação e à prática de actos destinados a realizar um lucro, quer por meio da simples coordenação da oferta e da procura de mercadorias, como acontece nas sociedades comerciais propriamente ditas, quer elaborando produtos para a sua troca por numerário ou prestando um serviço mediante uma retribuição contratual, como se verifica nas sociedades industriais. Contudo, ainda aqui é possível ver a diferença entre a capacidade funcional e a capacidade jurídica, se atendermos a que as sociedades podem *sistematizar* o exercício da sua actividade num determinado ponto, sendo aí que *funcionam*, e praticar actos isolados de direito privado em outros lugares, embora esses actos se relacionem com a função das mesmas sociedades. No fundo, porém, a capacidade funcional e a capacidade jurídica traduzem-se por actos da mesma natureza.

Entre os dois pontos extremos, estão as pessoas colecti-

vas de direito privado e utilidade pública, como são todas as de fim desinteressado, de fim ideal ou de fim económico não lucrativo, nas quais reaparece a distinção nítida entre a capacidade funcional e a capacidade jurídica. Nesse grupo de pessoas, a função é a beneficência, a educação física ou moral, o recreio, o desporto, a defesa dos interesses de uma classe, e tal função, embora suponha o gozo de direitos patrimoniais, isto é, a capacidade jurídica, não se identifica com esta. Em certo modo, a função de tais pessoas colectivas é *para-administrativa*, isto é, paralela à função exercida pelas pessoas colectivas de direito público. Assim, ninguém deixará de ver o paralelismo existente entre os serviços de assistência prestados num hospital do Estado e os serviços de assistência prestados no hospital de uma misericórdia.

Mas, dada esta distinção entre a capacidade funcional e a capacidade jurídica das pessoas colectivas, qual o seu valor e o seu alcance na determinação da condição jurídica das pessoas colectivas estrangeiras?

A distinção é da maior importância, e tão importante, que Antoine Pillet a considera como princípio fundamental no estudo do regime jurídico internacional das pessoas colectivas, pela razão de que é a capacidade jurídica e não a capacidade funcional que se refere ao reconhecimento das pessoas colectivas em direito internacional privado ⁽¹⁾.

« Quando se pergunta, escreve aquele autor, se uma pessoa colectiva, constituída num país, deve ser reconhecida em outro, pergunta-se simplesmente se ela será considerada neste último país como um sujeito de direitos, e não se ela poderá exercer a sua actividade. Uma coisa é, com efeito, reconhecer a existência de uma pessoa colectiva estrangeira como pessoa, isto é, como sujeito possível de direitos, e outra coisa deixar que essa pessoa prossiga dentro do território o fim para que foi criada » ⁽²⁾.

Michoud, ao fixar as regras que determinam o alcance internacional da personalidade colectiva, estabelece o princípio de que da *capacidade de direito privado* deve distinguir-se a *actividade de direito público*, para o efeito de, em princípio, sujeitar esta à lei do país onde a pessoa colectiva pretender exercê-la ⁽³⁾.

Fazendo aplicação deste princípio, considera Michoud separadamente as pessoas colectivas de direito público, as pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública, e as pessoas colectivas de direito privado e fim lucrativo.

Quanto às primeiras, escreve: « As pessoas colectivas de

(1) Ob. cit., pág. 17 e 18.

(2) Ob. cit., pag. 17.

(3) Ob. cit., vol. II, pag. 542

direito público (Estado, departamentos, províncias, comunas, estabelecimentos públicos) têm um fim de interesse geral a realizar, uma missão de direito público a desempenhar e, em virtude desta missão, são investidas de certos direitos de poder público. Pensamos que elas não podem, em princípio, cumprir esta missão e exercer estes direitos senão dentro do seu próprio território».

Referindo-se às segundas, designadamente às de fim desinteressado, segue a doutrina de que as pessoas colectivas estrangeiras dessa categoria podem exercer em França a sua capacidade funcional em tudo aquilo em que esta possa considerar-se de direito privado (1).

Relativamente às pessoas de fim lucrativo, diz: «Quanto às sociedades estrangeiras de fim lucrativo, a capacidade civil traz consigo ordinariamente o direito de exercer no território francês o seu comércio ou a sua indústria nas mesmas condições que os indivíduos estrangeiros, porque o comércio e a indústria são modos de actividade de direito privado».

A doutrina de Michoud, como é fácil de ver, é mais flexível do que a doutrina de Pillet, pois faz derivar do reconhecimento internacional das pessoas colectivas tanto a capacidade juridicamente propriamente dita, como a capacidade funcional, em tudo aquilo que não entre na esfera do direito público.

Qual será a doutrina juridicamente mais rigorosa?

Queçaremos por notar que as pessoas colectivas não podem ter uma situação jurídica superior às pessoas singulares, e por isso, assim como os estrangeiros indivíduos não podem, em nome do princípio do reconhecimento internacional da personalidade individual, exercer direitos políticos, assim também as pessoas colectivas os não podem exercer por virtude do seu reconhecimento internacional, e daí deriva a exactidão da doutrina de Michoud ao afirmar que as pessoas colectivas estrangeiras de direito público não podem exercer fora do seu território a sua missão, visto esta ser o conteúdo de direitos políticos. Além de que, a função social das pessoas colectivas de direito público é uma *função política e administrativa*, sendo por isso de primeira intuição que a capacidade funcional de tais pessoas não pode ser exercida em país estrangeiro, pois o seu exercício seria contrário à independência do Estado local.

Esta doutrina tem uma excepção relativa aos Estados estrangeiros, os quais podem estabelecer embaixadas ou legações e consulados no Estado local, instituições que se integram na organização dos seus serviços públicos. Contudo, o reconhecimento das funções diplomáticas e consulares apenas aparentemente constitui um desvio da doutrina estabelecida, pois se

baseia no costume internacional ou em tratados, que traduzem a manifestação da vontade do Estado local e por isso representam uma restrição *consentida* da soberania dêsse Estado.

Também é rigorosa a doutrina de Michoud no que respeita às pessoas colectivas de fim lucrativo. O seu reconhecimento abrange tanto a capacidade jurídica propriamente dita como a capacidade funcional, pois que esta capacidade consiste no poder de exercer a indústria ou o comércio, que são modos de actividade do direito privado. Por isso, desde que a lei de um Estado reconheça as sociedades estrangeiras e não haja qualquer restrição quanto ao exercício da sua actividade, deve entender-se que é reconhecida simultaneamente a sua capacidade jurídica e a sua capacidade funcional.

E as pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública? Neste ponto, a doutrina de Michoud ainda nos parece em geral exacta quando afirma que as pessoas colectivas estrangeiras de tal categoria podem exercer a sua actividade quando organizem e executem serviços que não representem actos de direito público, mas actos de direito privado.

Cremos, porém, que esta doutrina é incompleta

E' incontestável que os estrangeiros indivíduos gozam não só de direitos privados, mas também de direitos públicos não políticos, e por isso incontestável é também que eles podem praticar actos que entram na esfera do direito público. Assim, o direito de associação, o direito de reunião, o direito de ensinar, o direito de culto, etc., não são regulados ou não o são apenas pelo direito privado e, contudo, dele não são privados os estrangeiros, embora a seu respeito haja restrições que não existem para os nacionais. Ora a personalidade colectiva é, como temos dito, uma modalidade da personalidade individual, e, por ser natural reconhecer ao homem associado o que se reconhece ao homem isolado, pode certamente formular-se o princípio de que as pessoas colectivas estrangeiras gozam de direitos públicos não políticos na medida em que deles gozam os estrangeiros indivíduos, naquilo em que dêsse direitos elas sejam susceptíveis e quando a seu respeito não haja uma proibição especial. E assim as associações estrangeiras de propaganda científica, de desporto, de filantropia, e semelhantes, poderão certamente praticar em qualquer país actos relativos à sua missão, como promover conferências científicas, organizar torneios desportivos, auxiliar os pobres, etc., sem que precisem de outras autorizações ou licenças além daquelas de que precisam os estrangeiros indivíduos

Contudo, quando as pessoas colectivas estrangeiras sejam da categoria daquelas que no Estado local exercem a sua capacidade funcional sob a *tutela* e superintendência do poder público, como são entre nós, designadamente, as instituições de beneficência, não poderão funcionar no Estado local senão mediante autorização expressa ou tolerância de facto das suas

(1) Ob. cit., pág. 346 a 347.

autoridades. Embora não organizada em serviço público, a sua missão interessa à ordem pública e portanto a sua capacidade funcional só poderá exercer-se com autorização formal ou fáctica do Estado local.

69-- A capacidade jurídica das pessoas colectivas consiste em elas poderem gozar e exercer direitos privados. Limita-se essa capacidade naturalmente aos direitos patrimoniais, pois não podem evidentemente exercer direitos de família. Por vezes atribui-se a certas pessoas colectivas o direito de tutela, mas isso é mais no exercício da sua capacidade funcional do que no exercício da sua capacidade jurídica.

A medida da capacidade jurídica das pessoas colectivas estrangeiras é, em princípio, determinada pela sua lei nacional. A razão desta regra, que é a expressão da doutrina geralmente seguida ⁽¹⁾ e que foi formalmente estabelecida pelo artigo 21.º da lei preliminar do Código civil brasileiro, ⁽²⁾ encontra-se na própria natureza da personalidade colectiva. É esta uma *personalidade de fim*, por isso que as pessoas colectivas se constituem para atingir um determinado fim. Basta-lhes por isso que o legislador lhes reconheça os direitos de que elas têm necessidade para atingir tal fim. Este princípio de correlação entre a capacidade das pessoas colectivas e o seu fim é designado com o nome de *princípio da especialidade* e tem no artigo 34.º do nosso Código civil esta fórmula expressiva: «As associações ou corporações, que gozam de individualidade jurídica, podem exercer todos os direitos civis relativos aos interesses legítimos do seu instituto».

Sendo assim, é a lei do país que dá à pessoa colectiva a sua nacionalidade a naturalmente competente para indicar os direitos necessários à realização do seu fim, pois é certo, como procurámos demonstrar, que a nacionalidade da pessoa colectiva deve ser a do Estado onde ou em relação ao qual ela preenche o seu fim.

Contudo, a regra de que a pessoa colectiva estrangeira tem os direitos reconhecidos pela sua lei nacional define o *máximo* de direitos de que podem gozar as pessoas colectivas.

Esse máximo pode, porém, ser reduzido pelas leis do Estado onde as pessoas colectivas estrangeiras pretendam exercer a sua actividade jurídica.

Como acontece relativamente aos indivíduos, o Estado, mesmo quando é obrigado a reconhecer as pessoas colectivas estrangeiras como sujeitos de direitos, é, em regra, livre na determinação da *medida* desses direitos, podendo reconhecer-

(1) Michoud, ob. cit., pág. 342.

(2) O artigo citado no texto exprime-se assim: «A lei nacional das pessoas colectivas determina-lhes a capacidade».

-lhes todos os que lhes atribua a lei nacional ou reconhecer-lhes menos, se assim o exigir a defesa dos seus interesses.

Quais serão, porém, os critérios de restrição da capacidade jurídica das pessoas colectivas estabelecida pela lei nacional? Michoud, procurando determinar esses critérios, escreve que a capacidade das pessoas colectivas estrangeiras está sujeita a três ordens de restrições: a) as restrições estabelecidas para os estrangeiros em geral aplicam-se tanto às pessoas singulares como às pessoas colectivas; b) as pessoas colectivas estrangeiras estão sujeitas às restrições estabelecidas para as pessoas colectivas nacionais da sua categoria; c) pode haver restrições estabelecidas designadamente para as pessoas colectivas estrangeiras ou para certas categorias de entre elas.

Esta série de restrições é, em nosso entender, inteiramente jurídica.

A primeira restrição é de razão evidente. Ao reconhecer as pessoas colectivas estrangeiras, têm os Estados certamente o intento de reconhecer aos *estrangeiros associados* a mesma situação geral que reconhecem aos *estrangeiros singularmente considerados*, pois não é natural que queiram conceder às associações o que recusam aos indivíduos, e isto tanto mais, quanto é certo que, sendo o princípio do reconhecimento internacional da personalidade singular um princípio já bem definido, o princípio do reconhecimento da personalidade colectiva é ainda um princípio discutido na doutrina e mais ou menos limitado no direito positivo.

A segunda restrição baseia-se em duas considerações procedentes em face de qualquer legislação: a consideração de que as pessoas colectivas estrangeiras não devem gozar de um tratamento mais favorável do que as pessoas colectivas nacionais, pois a situação das pessoas colectivas estrangeiras não deve ser melhor do que a situação dos estrangeiros indivíduos e, quanto a estes, o máximo que as legislações estabelecem é a sua equiparação aos nacionais; e a consideração de que as restrições de capacidade das pessoas colectivas nacionais, quando existem, se fundam numa razão de desconfiança, o que é o mesmo que dizer numa razão de ordem pública e, por um lado, como diz Michoud, se a razão de desconfiança existir contra as pessoas colectivas nacionais, existirá *a fortiori* contra os estrangeiros e, por outro lado, a legislação ou a jurisprudência de todos os povos civilizados sanciona o princípio de que as leis estrangeiras não podem ser aplicadas contra as leis locais de ordem pública.

A terceira forma de restrição também é juridicamente indiscutível, pois nenhuma regra de direito internacional obriga os Estados a conceder aos estrangeiros, quer indivíduos, quer pessoas colectivas, aos mesmos direitos que reconhece aos nacionais.

A regra e as restrições que ficam estabelecidas contêm os

critérios de determinação da capacidade jurídica das pessoas colectivas estrangeiras na grande maioria dos casos.

Para completar este estudo, importa, porém, ainda esclarecer um ponto que oferece alguma dificuldade. Consiste em saber se uma pessoa colectiva estrangeira, cuja capacidade funcional seria no Estado local considerada contrária à ordem pública e, como tal, defesa a pessoas colectivas nacionais, como acontecerá, por exemplo, com as congregações religiosas, quando estas sejam proibidas pelas leis locais, poderá exercer no Estado local a sua capacidade civil, adquirindo ou tornando efectivos direitos patrimoniais.

À primeira vista, podia parecer que a resposta deve ser negativa, pela razão de que, sendo considerada por um Estado contrária à ordem pública a função de uma pessoa colectiva estrangeira, lhe devia ser defeso o exercício de direitos privados cujo destino útil é o exercício da mesma função. E esta é, por exemplo, a solução de Mamelock⁽¹⁾. Pensamos, porém, que esta doutrina é excessivamente rigorosa e que deve ser reconhecida a capacidade jurídica de pessoas colectivas estrangeiras que não poderiam constituir-se ou funcionar no Estado local, sempre que se trate de actos que não representem no mesmo Estado o exercício da capacidade funcional, mas sejam simples actos de direito privado, que a lei local considere legítimos. Semelhantes actos são claramente *inocentes* em face da ordem pública local, assim como é permitida a missão da respectiva pessoa colectiva no Estado em que ela funciona, e por isso não vemos razão para não considerar legítimos actos jurídicos que nada ofendem a ordem pública local. É evidente, por exemplo, que ninguém discutirá que um Estado republicano pode receber agentes diplomáticos e cônsules de um Estado monárquico estrangeiro e de que este Estado pode exercer legitimamente direitos privados no território do Estado local, apesar de a organização monárquica ter sido banida das suas instituições políticas e de ser um crime toda a tentativa para a restabelecer. Ora a situação é semelhante. A pessoa colectiva estrangeira tem uma função legítima perante a lei do Estado onde funciona, essa função pode ser ilegítima em outros Estados, mas desde que a função se não exerça nestes últimos, em nada é lesada a sua ordem pública com a prática de actos inocentes para o exercício de um fim legítimo onde é exercido. É esta a doutrina de Von Bar e Fedozzi, o primeiro dos quais escreve: «Deve-mos reconhecer a capacidade jurídica das pessoas colectivas estrangeiras no que respeita à capacidade para demandar e ser demandado e à legalidade dos seus actos praticados por meio de cartas, telegramas ou agentes, mesmo se pessoas colectivas ou corporações da sua categoria não puderem ter

existência legal entre nós. Por que motivo, por exemplo, um convento estrangeiro não há-de poder intentar neste país uma acção para exigir o pagamento dos créditos provenientes do arrendamento de um terreno situado em outro país, ou uma ordem religiosa que fabrica licores ou rendas não há-de ser capaz de vender estes produtos no nosso país e propor as acções necessárias para exigir o pagamento do preço de venda? Enquanto as transacções particulares não têm relação com as proibições da nossa lei, o fim geral das associações estrangeiras não pode ser apreciado pelos nossos tribunais»⁽¹⁾.

70 — De um modo geral, podemos dizer que os princípios que ficam apontados são applicáveis à determinação da medida da capacidade funcional e da capacidade jurídica das pessoas colectivas estrangeiras em Portugal.

I — *Capacidade funcional.* Para clareza da exposição, consideraremos separadamente as três categorias de pessoas colectivas de direito público, de direito privado e utilidade pública, e de fim lucrativo.

Excepção feita para os Estados quanto à manutenção em Portugal de legações e consulados nos termos estabelecidos pelo direito internacional público, as pessoas colectivas de direito público estrangeiras não podem exercer em Portugal a sua capacidade funcional. É política e administrativa a sua missão, representa o exercício do poder público, e por isso não poderia ser exercida entre nós sem ofensa da nossa independência política.

As pessoas colectivas de fim lucrativo, isto é, as sociedades civis e comerciais, podem evidentemente exercer em Portugal a sua capacidade funcional, quer por actos isolados quer *sistemáticamente* por meio de *qualquer espécie de representação social*, desde que se conformem com as exigências já conhecidas da lei portuguesa e com as limitações que adiante indicaremos. É a doutrina que resulta claramente do artigo 109.º do Código comercial, ao determinar que as sociedades legalmente constituídas em país estrangeiro *podem praticar em Portugal os respectivos actos de comércio*, e do artigo 111.º do mesmo Código, que permite que as sociedades estrangeira possam estabelecer no país qualquer espécie de representação social, o que não pode ser senão para o exercício do seu comércio.

Quanto às pessoas morais de direito privado, cremos que elas poderão praticar em Portugal *actos isolados* da sua capacidade funcional, nos termos em que esses actos podem ser praticados pelos estrangeiros indivíduos, como conferências, actos de assistência, etc. Esta afirmação deriva do princípio, que noutro lugar formulámos, de que, salvo determinação em con-

(1) Cit. por Fedozzi, ob. cit., pag. 196, nota 1.

(1) Ob. cit., pág. 235; conf. Fedozzi, ob. cit., pág. 195.

trário, as pessoas colectivas estrangeiras devem gozar dos direitos públicos não políticos, nos mesmos termos em que deles gozam os estrangeiros indivíduos. É a aplicação da regra de que não deve recusar-se aos homens unidos em colectividades o que se lhes concede considerados individualmente.

Poderão, porém, exercer livremente a sua capacidade funcional de modo regular e permanente, criando hospitais, abrindo asilos, organizando clubs, isto é, *sistematizando* o exercício da sua capacidade funcional em território português?

Entre nós, as associações ou fundações precisam, para funcionar, ou de ter estatutos aprovados pelo Governor (sindicatos agrícolas, associações de classe, associações de socorros mútuos, instituições de protecção de menores) ⁽¹⁾, ou pelo governador civil (associações de beneficência, instrução pública, recreio, protecção às pessoas ou animais) ⁽²⁾, ou de previamente *participarem* ao respectivo governador civil a sede, o fim e o regime da associação ⁽³⁾.

Relativamente às associações e fundações cujos estatutos devam ser aprovados pelo governador civil, diz o § único do n.º 8 do artigo 252.º do Código administrativo de 4 de maio de 1896: «Os estatutos de que trata o n.º 8 não podem ser aprovados pelo governador civil da sede da corporação na parte em que se refram ao funcionamento de filiais noutros distritos, o que compete aos respectivos governadores civis». Este texto conduz irrecusavelmente à doutrina de que as pessoas colectivas estrangeiras da categoria daquelas de que êle trata não podem funcionar em Portugal sem expressa autorização da autoridade portuguesa, pois, se as associações portuguesas não podem funcionar fora do distrito da sede sem autorização do governador civil do distrito onde queiram estabelecer uma filial, é evidente que as associações estrangeiras não podem estabelecer filiais em qualquer ponto do território português, sem que submetam os seus estatutos à autorização do respectivo governador civil, isto é, precisam de proceder como se fossem corporações portuguesas.

Mas, se isto é assim, por analogia, se não por maioria de razão, precisam de autorização para funcionar em Portugal as pessoas colectivas estrangeiras da categoria daquelas que em Portugal devem submeter os seus estatutos à aprovação do Governor. Em verdade, se, em certos casos, a lei exige que a autorização seja dada, não por uma autoridade inferior, mas pelo Governor, é porque se considera a sua função de maior importância social, e por isso não é senão lógico pensar que as

(1) Decreto de 9 de maio de 1891, artigo 5.º; Decreto de 2 de outubro de 1896, artigo 5.º; lei de 5 de abril de 1896, artigo 5.º; Decreto de 27 de maio de 1911, artigo 126.º.

(2) Código administrativo de 1896, artigo 252.º, n.º 8

(3) Lei de 14 de fevereiro de 1907, artigo 1.º.

associações estrangeiras da sua categoria não podem funcionar em Portugal sem autorização do Governor português.

As associações estrangeiras da categoria das associações portuguesas simplesmente *declaradas* nos termos da lei de 14 de fevereiro de 1907 também não podem, em nosso entender, funcionar em Portugal sem fazer ao governador civil competente a respectiva participação. Semelhante participação tem por fim tornar conhecida da autoridade administrativa a sede e o fim da associação, para a habilitar a exercer as suas funções de polícia e de inspecção, funções evidentemente tão necessárias, senão mais, a respeito das associações estrangeiras como das associações portuguesas. O preceito que exige a participação é uma lei de polícia, uma lei de ordem pública, que é por isso mesmo aplicável tanto a nacionais como a estrangeiros.

Há, porém, associações estrangeiras que não podem ser autorizadas a funcionar em Portugal ou aqui funcionar mediante participação ao governador civil. São todas aquelas que não poderiam estabelecer-se em Portugal, como as congregações religiosas ⁽¹⁾, as que se propuserem fins contrários às leis portuguesas, e bem assim as que se proponham fins políticos, pela razão simples de que as associações estrangeiras, do mesmo modo que os estrangeiros indivíduos, não podem exercer direitos políticos em Portugal. Toda a filial de associação estrangeira que se encontre em tais condições deve ser dissolvida pela autoridade administrativa, nos termos do artigo 2.º da lei de 14 de fevereiro de 1907.

II — *Capacidade jurídica*. A medida da capacidade jurídica das pessoas colectivas estrangeiras em Portugal fixa-se em harmonia com as regras acima estabelecidas de um modo geral.

A regra fundamental de que a capacidade jurídica das pessoas colectivas é determinada *no seu máximo* pela sua lei nacional resulta claramente do artigo 34.º do Código civil e está formulada no artigo 109.º do Código comercial. Com efeito, o artigo 34.º do Código civil manda medir a capacidade civil das pessoas morais pelos *interesses legítimos do seu instituto*; e é pela lei nacional das mesmas pessoas que naturalmente se determina a correlação existente entre o fim dessas pessoas como *causa* da sua individualidade jurídica e a extensão desta como *meio* de realizar aquele fim. Mas que deve ser este o entendimento do direito português, revela-o claramente o artigo 109.º do Código comercial, ao dispor que as sociedades estrangeiras legalmente constituídas podem praticar em Portugal os *respectivos* actos de comércio. A palavra *respectivos* refere-se evidentemente aos actos de comércio que a sociedade se propõe praticar segundo o seu estatuto, o que é o mesmo que dizer em

(1) Decreto de 8 de outubro de 1910; Constituição política, artigo. 5.º, n.º 12.º.

harmonia com a sua lei nacional, pois o estatuto deve conformar-se com essa lei.

Não invocamos o artigo 27.º do Código civil, que manda regular a capacidade dos estrangeiros pela lei do seu país, pois poderia dizer-se que esse artigo se refere à *capacidade de exercício de direitos*, e não à *capacidade de gozo de direitos*, que é aquela de que estamos tratando a respeito das pessoas colectivas.

Mas se o *máximo* da capacidade civil das pessoas colectivas estrangeiras é regulado pela sua lei nacional, esse máximo pode ser, e é, *reduzido* em conformidade com os princípios já formulados.

Os princípios de restrição da capacidade das pessoas colectivas estrangeiras estabelecida pela lei nacional são, como vimos, que elas estão sujeitas às restrições estatuídas para os estrangeiros indivíduos e às restrições existentes para as pessoas colectivas nacionais da sua categoria, e podem estar sujeitas a restrições formuladas exclusivamente para elas. Para termos como estes princípios se *concretizam* em face da lei portuguesa, consideraremos separadamente as pessoas morais e as sociedades.

1.º) *Pessoas morais*. Começaremos por notar que ainda aqui tomamos a expressão *pessoas morais* no seu sentido técnico segundo a lei portuguesa.

A primeira ordem de restrições que affectam a capacidade jurídica das pessoas colectivas estrangeiras é de que elas estão privadas dos direitos de que privados estiverem os estrangeiros indivíduos. Em regra, as pessoas morais não podem exercer os direitos que são vedados aos estrangeiros em Portugal. Quando, porém, algum desses direitos for compatível com a índole das pessoas morais, lhes seja reconhecido pela sua lei nacional e não seja especialmente defeso às pessoas colectivas portuguesas da sua categoria, deverá entender-se que elas o não podem exercer, pela razão dita de que deve partir-se do princípio de que o legislador recusa às pessoas colectivas estrangeiras o que recusou aos estrangeiros indivíduos.

A segunda ordem de restrições é constituída pelas limitações que o direito português estabelecer para as pessoas morais em geral ou para alguma das suas categorias em especial. Está nessas condições o preceito do artigo 35.º do Código civil e das leis que o completam ou modificam (1) relativamente

à *adquisição e conversão* de bens imóveis sítos em Portugal. Por aquele artigo e leis complementares, as associações ou corporações perpétuas só podem adquirir bens imobiliários, que não sejam fundos consolidados, por título oneroso, com autorização do Governo e exclusivamente para a realização do seu fim, e os que adquirirem por título gratuito devem convertê-los em fundos consolidados dentro de um ano, com excepção dos que forem indispensáveis para o desempenho dos seus deveres.

Em face deste preceito restritivo da capacidade das pessoas morais perpétuas, a situação das pessoas morais estrangeiras deve ser a seguinte:

Das pessoas morais estrangeiras de carácter perpétuo e de direito público, somente os Estados poderão adquirir em Portugal bens imóveis a título oneroso, pois só elles podem exercer em Portugal a sua capacidade funcional. Mas o poder de os Estados estrangeiros adquirirem bens imóveis em Portugal a título oneroso está sujeito às duas restrições de preceder autorização do Governo e de os bens serem indispensáveis ao exercício da missão que lhes é permitido exercer em território português, isto é, indispensáveis ao exercício das funções diplomáticas e consulares.

Esta dupla restrição deriva da consideração de que os Estados estrangeiros, ao exercerem direitos privados em Portugal, se subordinam à ordem jurídica portuguesa, não aparecendo como comunidades políticas, mas como simples pessoas colectivas de direito privado, ficando sujeitos às leis de ordem pública que, em nome dos interesses económicos ou políticos, limitam a capacidade de aquisição de bens imobiliários.

As demais pessoas morais estrangeiras de direito público só poderão adquirir bens imóveis a título gratuito e devem aliená-los nos termos gerais.

As pessoas morais estrangeiras de direito privado que tenham sido autorizadas a funcionar em Portugal, e que sejam perpétuas, poderão adquirir bens imóveis na mesma extensão e nas mesmas condições em que o podem os Estados estrangeiros. A razão de decidir é a mesma.

2.º) *Sociedades*. As sociedades estrangeiras poderão exercer em Portugal os direitos que lhes sejam reconhecidos pela sua lei nacional. É o princípio que resulta com clareza do artigo 109.º do Código comercial.

Não poderão, porém, exercer quaisquer direitos de que estejam privados os estrangeiros indivíduos e que sejam com elas compatíveis, não poderão praticar actos que não sejam permitidos às sociedades portuguesas, e não poderão, bem assim, na sua qualidade de sociedades estrangeiras, por virtude de preceito expresso da lei: a) ser proprietárias de navios portugueses (Acto de navegação de 8 de julho de 1863, art. 6.º); b) ser con-

(1) Lei de 12 de outubro de 1871, que suscitou a aplicação do art. 10.º, § 2.º, n.º 1.º, da lei de 22 de junho de 1866; Lei de 21 de junho de 1889; Dec. de 9 de maio de 1891, art. 4.º; Dec. de 2 de outubro de 1896, art. 13.º, n.º 2.º; Dec. de 20 de abril de 1911, art. 23.º, 27.º, 28.º, n.ºs 1.º, 2.º, 3.º, 29.º, 32.º, 33.º, 38.º e 157.º; Lei de 4 de fevereiro de 1915, que modificou a lei de 3 de abril de 1896 sobre sindicatos agrícolas; Dec. n.º 5:636, de 10 de maio de 1919, art. 16, n.º 2.º

cessionárias dos exclusivos da emissão de notas de banco ou de obrigações prediais nas colónias, bem como da prática de operações de crédito, como especulação bancária, nas colónias da África ocidental (Dec. n.º 5809, de 30-v-1919, art. 4.º e 5.º); γ) receber concessões de terrenos do Estado nas colónias, fora das províncias de Moçambique, Angola, Índia e Guiné (Lei de 9-v-1901, art. 44.º; dec. de 24-xi-1917, art. 30.º, n.º 3.º; dec. de 29-xi-1917, art. 47.º, n.º 3.º; dec. n.º 3983, de 16-iii-1918, art. 45.º, n.º 3.º; dec. n.º 5847-C, de 31-v-1919, art. 44.º, n.º 3.º); δ) obter a concessão da construção de canais e albufeiras para fins agrícolas (Dec. n.º 4505, de 29-vi-1908); ε) e constituir agências de emigração (Dec. n.º 5624, de 10-v-1919, art. 18.º.)

§ IV

A personalidade colectiva, a Santa Sé e as associações internacionais

SUMÁRIO. 71— Observações gerais. 72— A personalidade colectiva e a Santa Sé. 73— A personalidade colectiva e a sociedade das nações. 74— A personalidade colectiva e as uniões administrativas internacionais. 75— A personalidade colectiva e as associações internacionais de indivíduos ou de associações nacionais.

1— Ao lado das pessoas colectivas estrangeiras, importa considerar as instituições cuja actividade funcional é verdadeiramente *internacional*, por se proporem um fim de interesse comum a toda a humanidade ou, pelo menos, a todos os povos civilizados, para verificar se essas instituições gozam de individualidade jurídica e determinar, em caso afirmativo, o regime legal dessa individualidade.

As instituições que vamos considerar são a Santa Sé, a Sociedade das nações, as uniões administrativas internacionais, e as associações internacionais de indivíduos ou de associações nacionais.

Em todas estas instituições há evidentemente os *elementos de facto* que são a base da personalidade colectiva— a existência de interesses comuns a um grupo de indivíduos ou de Estados, que tendem a realizar-se de modo efectivo, e a existência de uma organização que unifica, representa e procura efectivar êsses interesses. Restia, porém, investigar se, com êsses elementos de facto, se conjuga o indispensável *elemento de direito* para que exista a personalidade colectiva, isto é, se há uma regra de direito, expressa ou tácita, explícita ou implícita, que atribua às mesmas instituições a personalidade colectiva. É a essa investigação que vamos proceder.

2— Como organização de uma religião de *carácter universal*, assumiu a Igreja católica historicamente e conserva no momento actual o aspecto de uma sociedade internacional, pelo exercício da sua acção no domínio jurisdicional de uma pluralidade de Estados.

Não tem sido, todavia, sempre igual o modo de ser das relações da Igreja com o poder civil. Duas fases se podem traçar na história dessas relações: uma que decorre até à

supressão do poder temporal do Papa em 1870; outra que principia nessa data.

Na primeira fase, dominou progressivamente o conceito da Santa Sé como um *soberano estranho* ⁽¹⁾.

Por virtude do ascendente que na idade média alcançou no govêrno dos povos europeus, era a Igreja uma espécie de poder político que possuía em cada Estado uma grande autoridade e numerosos privilégios. À medida, porém, que se foi robustecendo o poder civil, os representantes dêste poder foram reagindo contra a ascendência eclesiástica, foram reivindicando a sua independência política em face do Papa, formando-se o conceito de o considerar como um soberano estranho, seguindo-se para com a Santa Sé a atitude política ordinariamente seguida para com os Estados estrangeiros, privando-a sucessivamente de toda a ingerência directa no exercício do poder público nos diversos países. E assim, porque o Papa era um soberano estranho, as letras apostólicas foram submetidas a um exame e autorização especial, a que entre nós se chamou sempre o direito de *beneplicito*; os enviados da Santa Sé, de *agentes executivos*, transformaram-se em *agentes diplomáticos*, com as designações mais gerais de *legados* e *núncios*, aos quais foi recusado todo o poder jurisdiccional, começando assim a ser exercido pelo Sumo Pontífice o *direito de legação activa*, isto é, o direito de enviar agentes diplomáticos; os príncipes enviavam para junto da Santa Sé, para aí defenderem os seus interesses políticos ligados com os interesses religiosos, representantes com a categoria e as honras de agentes diplomáticos, que são os representantes dos soberanos uns juntos dos outros, e assim o direito de legação da Santa Sé completa-se com o direito de *legação passiva*, isto é, o direito de receber agentes diplomáticos; e as relações entre os Estados e a Santa Sé são reguladas como as relações dos Estados entre si, isto é, por meio de tratados, a que se deu o nome de *concordatas*.

A formação do conceito da Santa Sé como um soberano estranho e do sistema de relações com os Estados que daí derivou foi eminentemente favorecida pela existência do poder temporal do Papa, poder que o constituía num verdadeiro soberano dos Estados Pontifícios. Os reis reconheciam ao Pontífice a soberania temporal, que era evidentemente uma soberania estranha, aproximaram e assemelharam as relações dos Estados católicos com o Papa, como chefe da Igreja, e as relações dêesses Estados com o soberano dos Estados Pontifícios, e consideraram a Santa Sé como um soberano estranho no exercício da soberania tanto temporal como espiritual.

Ora, dentro desta concepção, a Santa Sé tinha o carácter

(1) Vide Bompard, *Le Pape et le droit des g. ns.* Paris, 1888

de um Estado, e portanto era-lhe naturalmente reconhecida a personalidade colectiva nos mesmos termos em que era reconhecida aos Estados estrangeiros.

Em 1870 abre-se a segunda fase.

O movimento de unificação da Itália, na segunda metade do século XIX, alvejou os Estados Pontifícios, vindo em Roma o complemento necessário da unidade italiana e, por isso, apareceram naturalmente as tentativas para encorporar aqueles Estados e a sua capital na constituição da nação italiana.

Todavia, porque o Papa não era simplesmente o bispo de Roma, mas o chefe da Igreja, instituição universal pela sua doutrina e pela largueza da sua organização, e nessa qualidade não podia estar sujeito a qualquer Estado, com o plano de encorporação, apareceram os projectos de salvaguardar para o Soberano Pontífice o exercício da sua missão como chefe supremo do catolicismo. Entre êesses projectos, lembraremos: 1.^o) o apresentado à Santa Sé pelo Conde de Cavour em setembro de 1860, baseado sobre a plena liberdade da Igreja e sobre a cessação completa do poder temporal do Papa; 2.^o) o apresentado pelo barão de Ricasoli em 10 de setembro de 1861, propondo a supressão do poder temporal e assegurando ao Papa todas as prerrogativas da soberania, o inteiro e completo exercício da sua autoridade espiritual, a liberdade de comunicação com os fleis de todos os países e, como meio de tornar fácil a administração da Igreja, uma dotação fixa e inseqüestrável constituída pela contribuição de todas as potências católicas; 3.^o) o apresentado pelo Visconde de Venosta a 29 de agosto de 1870, o qual deixava ao Pontífice, em plena soberania, o Vaticano e a cidade leonina (bairro de Roma do Tibre ao Vaticano) com os seus quinze mil habitantes, oferecendo-lhe, além disso, certos privilégios sancionados por um acôrdo internacional. Todos os projectos foram, porém, rejeitados por Pio IX ⁽¹⁾.

A 20 de setembro de 1870, o Govêrno Italiano, tendo posto de parte o processo das tentativas amigáveis, apoderou-se de Roma pela força e pela força suprimiu o poder temporal. A 2 de outubro seguinte, realizou-se o plebiscito de anexação do Estado romano à nação italiana e a 9 do mesmo mês e ano é publicado um decreto que, ao mesmo tempo que declarava que Roma e as províncias romanas faziam parte integrante do reino de Itália, ajuntava: «O Soberano Pontífice conserva a dignidade, a inviolabilidade e todas as prerrogativas pessoais de soberano». Alguns dias mais tarde, 18 de outubro, o ministro dos estrangeiros anunciava às potências, em nota circular, que a independência do Santo Padre seria assegurada e que o

(1) Gaston Gustine, *La loi des garanties et la situation internationale de la Papauté*, Paris, 1901, pags. 5, 11 e 48.

Govêrno tinha a intenção de cercar essa independência de todas as garantias: «A sua alta situação pessoal, a sua precdência sobre todos os príncipes católicos, as imunidades e a lista civil que lhe pertencem, serão plenamente garantidas, e os seus palácios e residências gozarão da exterritorialidade. O exercício da sua alta missão espiritual ser-lhe há assegurado por uma dupla ordem de garantias; pela livre e incessante comunicação com os fiéis; pelas nunciaturas que continuará a ter junto das potências; pelos representantes que as potências continuarão a acreditar junto dele; enfim, e sobre tudo, pela separação da Igreja e do Estado, que a Itália já proclamou e que o Govêrno do rei se propõe aplicar, depois que o parlamento tiver dado a sua sanção aos projectos dos conselheiros da corôa» (1). O poder temporal desaparecia, selando o seu desaparecimento a entrada de Vítor Manuel em Roma em 31 de dezembro de 1870, mas a situação da Santa Sé nas relações internacionais manter-se-ia no estado anterior, continuando o Pontífice a ser reconhecido como soberano, a exercer o direito de legação, a poder entrar em negociações com os Govêrnos e a comunicar livremente com os fiéis.

A regulamentação que fazia prever a nota circular de 18 de outubro foi realizada pela lei de 13 de maio de 1871, que contém as garantias constitucionais concedidas à Santa Sé e à Igreja Romana, e é conhecida pelo nome de *Lei das garantias*, mas cuja designação completa é: «*Legge sulle prerogative dello Summo Pontífice e della Santa Sede, e le relazioni dello Stato colla Chiesa*».

Na primeira parte, que é a que nos interessa, a lei das garantias consagrou, quanto ao regime da Santa Sé, como potência espiritual, nas relações internacionais, o que estava estabelecido no direito internacional antes da supressão do poder temporal. Soberania espiritual da Santa Sé, absoluta independência do Papa no exercício da sua missão, prerrogativas e honras soberanas acompanhando a sua pessoa, direito de enviar e receber agentes diplomáticos com as prerrogativas estabelecidas pelo direito internacional, e de comunicar livremente com o mundo católico, isto é, tudo o que era corrente na prática dos Estados e no direito diplomático, tudo foi consagrado pela lei das garantias (2).

O novo estado de coisas foi aceito pelas potências, as quais continuaram a manter com a Santa Sé o sistema de relações estabelecido antes de 1870. Continuou a instituição central da Igreja a ser considerada como um soberano estranho, recebendo e enviando agentes diplomáticos, celebrando concordatas e comunicando livremente com o mundo católico.

Mas, se a fisionomia da Santa Sé continua a ser, nas relações com os Estados, o que era antes da supressão do poder temporal, procedendo para com os Estados e os Estados para com ela como os Estados procedem entre si, é de rigorosa lógica jurídica continuar a reconhecer-lhe a personalidade jurídica, nos termos em que esta é reconhecida aos Estados, pois a personalidade jurídica é evidentemente uma condição da sua existência e um corolário da sua concepção como um Estado estranho quanto ao exercício da sua missão espiritual. Este corolário é, sem hesitações, formulado por Fedozzi, nestes termos: «Sob o ponto de vista especial que nos interessa, a Santa Sé encontra-se na mesma posição do Estado estrangeiro, prescindindo mesmo da questão, sobre a qual se têm gasto rios de tinta, se ela tem, como ente soberano, personalidade internacional. Basta-nos recordar que a personalidade jurídico-privada da Santa Sé é um facto por toda a parte reconhecido (em Itália este reconhecimento tem ainda uma base na lei das garantias), para admitir, o que aliás nunca foi contestado, isto é, que ela tem em todos os países capacidade para estar em juízo» (3).

E a personalidade jurídica da Santa Sé é reconhecida tanto a respeito dos Estados que vivem com ela num regime de *associação* (considerando a religião católica como religião oficial), fundado em concordatas, como a respeito dos que vivem num regime de *separação*.

Quanto aos primeiros, a Santa Sé é claramente considerada como uma instituição pública independente no exercício de uma função legítima, e por isso não lhe poderão recusar a personalidade jurídica.

Os Estados de separação que mantêm relações diplomáticas com a Santa Sé, procedem para com ela como para com um Estado estranho, e por isso devem sem dúvida reconhecer-lhe a personalidade jurídica. É o que acontece com o Brasil, onde a doutrina é unânime no sentido de equiparar a Santa Sé aos Estados estrangeiros, no que respeita ao reconhecimento da personalidade jurídica (2).

Mas a mesma doutrina é seguida nos Estados de liberdade de cultos, sem relações diplomáticas regulares com a Santa Sé, como acontece com a Suíça. O professor Meili, da Universidade de Zurich, referindo-se à questão, escreve: «A Santa Sé (na edição inglesa lê-se *papal office*) é também reconhecida internacionalmente, e não é considerada apenas como uma instituição

(1) *Il diritto processuale civile internazionale*, pág. 177; Conf. mesmo autor, *Gli enti collettivi nel diritto internazionale privato*, pág. 126 e seg.

(2) Vide A. Machado Villela, *O direito internacional privado no Código civil brasileiro*, pág. 27.

(1) Vide Rivier, *Principes du droit des gens*, t. 1, pág. 121 e 122.

(2) Ob. cit., pág. 81 e seg.

pública italiana. Tem por isso capacidade para gozar e exercer direitos» (1).

Em Portugal, a personalidade jurídica da Santa Sé não foi nem podia ser discutida antes da lei da separação, de 20 de abril de 1911. A religião católica era a religião do Estado, o Papa acreditava um núncio junto do Governo português, este acreditava um embaixador junto da Santa Sé, as relações entre Portugal e a Curia Romana eram reguladas por concordatas; isto é, Portugal tratava com a Santa Sé como de potência para potência, e portanto o reconhecimento da personalidade jurídica da Santa Sé era irrecusável.

Mudaria a situação com o decreto de 20 de abril de 1911? Entendemos que não. O decreto apenas teve em vista, segundo cremos, estabelecer o regime dos cultos dentro do território português, não pretendendo, nem podendo pretender, desconhecer a situação internacional da Santa Sé. E a prova é que, no decreto de 26 de maio de 1911 (art. 37.º), e portanto num diploma posterior, se manteve uma legação junto do Vaticano, sinal de que o Governo provisório continuava a reconhecer a capacidade diplomática do Pontífice. É certo que a legação nunca foi provida e que foi afinal suprimida pela lei de 10 de julho de 1913, mas isso só mostra que se reconheceu a desnecessidade de manter relações diplomáticas regulares com a Santa Sé, e não que esta as não pudesse ter. E tanto assim era, que, continuando em vigor o decreto de 20 de abril de 1911, o decreto n.º 4:558, de 8 de julho de 1918, restabeleceu a legação de Portugal junto do Vaticano, tendo Portugal já um ministro plenipotenciário acreditado junto do Santo Padre e tendo a Curia Romana acreditado um núncio junto do Governo português, o que claramente significa que Portugal continua a considerar a Santa Sé como um soberano estrangeiro, e portanto como uma instituição legítima que exerce legitimamente uma função pública. Nestes termos, a personalidade jurídica da Santa Sé deve ser reconhecida pelos tribunais portugueses como a dos Estados estrangeiros, e como o era antes da lei da separação. É a lógica dos factos e a única interpretação juridicamente rigorosa dos diplomas legais de 1911 e 1918 relativos às relações diplomáticas com a Santa Sé.

Aceita a existência da personalidade jurídica da Santa Sé como juridicamente estabelecida, a medida da sua capacidade tem de fixar-se, no seu *máximo*, pela própria lei da Igreja que define a sua capacidade de direito-privado, que é hoje o canon 1495.º do novo Código de direito canónico, aprovado e mandado executar pelo *Motu proprio* de 15 de setembro de 1917, onde se dispõe que a Santa Sé tem o direito de adquirir, con-

servar e administrar bens temporais, para a prossecução dos fins que lhe são próprios, e, na sua *medida em face das leis portuguesas*, pelos mesmos princípios que definem em Portugal a capacidade dos Estados estrangeiros (2).

73 — A Conferência da paz votou, no dia 28 de Abril de 1919, o *Pacto da Sociedade das nações*, que foi incluído nos tratados de paz, e no qual foi criada aquela Sociedade, com o fim de desenvolver a cooperação entre as nações e de lhes garantir a paz e a segurança, pela aceitação da obrigação de não recorrer à guerra, de manter publicamente relações internacionais fundadas sobre a justiça e sobre a honra, de observar rigorosamente os preceitos do direito internacional, reconhecidos para o futuro como regra da conduta efectiva dos governos, de fazer reinar a justiça e de respeitar escrupulosamente todas os compromissos dos tratados nas relações mútuas dos povos organizados.

A Sociedade das nações assenta num *pacto* e não numa *constituição*, e por isso é claramente um *sistema de direito internacional*, e não um *sistema de direito constitucional*. E deste conceito fundamental resultam as consequências, expressamente consignadas nos artigos 1.º e 26.º do pacto, de que os Estados membros da Sociedade podem dela retirar-se, mediante o aviso prévio de dois anos e sob a condição de terem cumprido todas as suas obrigações internacionais, e de que não são os mesmos Estados obrigados a aceitar as emendas introduzidas no pacto, embora isso importe a sua saída da Sociedade.

Sendo assim, não pode ver-se na Sociedade das nações um estado unitário, nem um estado federal, os quais são, embora com diferenças de estrutura, sistemas de direito constitucional.

Também na Sociedade das nações não poderá vêr-se uma *confederação de Estados*, no sentido tradicional desta expressão, pois que a confederação de Estados, embora fundada num pacto e constituindo portanto um sistema de direito internacional, exercia de modo completo, ou quasi completo, as *funções normais do Estado* que se referem às relações exteriores, como as relações diplomáticas, a celebração de tratados e a declaração da guerra. Além de que, nas confederações, não era reconhecido aos Estados o direito de saírem da confederação, permanecendo esta entre os restantes. Contudo, não se ficará muito longe da verdade dizendo que a Sociedade das nações reveste a forma de uma *confederação fragmentária*, visto que, fundando-se num pacto, se substitui aos Estados que a formam para o exercício de algumas das suas funções.

(1) *International civil and commercial law*, trad. inglesa de Arhurf Kuhn, pág. 204.

(2) *Supra*, pág. 266 e 267.

Seja, porém, qual for a natureza jurídica que venha finalmente a atribuir-se à Sociedade das nações, o que é certo é que, analisando o pacto quanto à constituição dos órgãos que representam a Sociedade e quanto às funções destes órgãos, se nota que dois dos mesmos órgãos, a *assemblea dos delegados* e o *conselho executivo*, exercem sobre os Estados membros da Sociedade uma verdadeira autoridade, no que respeita sobretudo à resolução dos conflitos internacionais e à redução dos efectivos militares (art. 8.º e 15.º a 17.º), não podendo contestar-se que uma parte do *poder de Estado* de cada um dos membros da Sociedade passa a ser exercido por esta. E daí a conclusão lógica de que, sendo a personalidade de direito privado uma qualidade inerente à existência do Estado como meio de realizar os fins que ele se propõe, essa qualidade deverá atribuir-se a toda a entidade que, em qualquer medida, aparece revestida de uma função de Estado.

De mais, é inteiramente legítimo atribuir à Sociedade das nações, criada com tão alto destino e com tão altas funções, a capacidade de contratar e de ter um património como condições de facilitar a realização do seu fim.

Sendo assim, importa dizer como deverá determinar-se a capacidade jurídica normal da Sociedade das nações e qual a medida dos seus direitos em Portugal.

A capacidade jurídica normal tem que determinar-se em harmonia com os fins que à Sociedade assinala o pacto da sua constituição, onde estão definidos os fins para que ela precisa de exercer direitos patrimoniais.

Em Portugal, os seus direitos patrimoniais serão semelhantes aos que podem ser exercidos pelos Estados estrangeiros, visto à Sociedade ser reconhecida a personalidade jurídica pela razão de ela exercer funções de Estado. E assim a Sociedade poderá, por exemplo, adquirir em Portugal os bens imóveis necessários para instalar quaisquer serviços que porventura venha a fixar no nosso país.

74—Como produto da aproximação progressiva dos Estados e como meio de facilitar as suas relações ou de eficazmente proteger os direitos e interesses dos seus nacionais, constituíram-se as *uniões administrativas internacionais*, que são associações de Estados, formadas para o fim de organizar e executar serviços de interesse comum aos Estados unionistas, mediante órgãos internacionais que regulam e dão efectividade a esses serviços (1).

São típicas a *União postal* e o *Instituto internacional de agricultura*, regulada a primeira pela convenção de Madrid

(1) Vide: A. Machado Villela, *Organização da Sociedade internacional*, 1910, págs. 188 e seg.

de 30 de novembro de 1920 (2) e o segundo pela convenção de Roma de 7 de junho de 1905 (3). A União postal, destinada a submeter a regras uniformes as relações postais dos diferentes Estados, pela aplicação dos princípios fundamentais da possível uniformidade e redução das tarifas, liberdade de trânsito e simplificação nos descontos entre os officios postais dos mesmos Estados, tem como órgãos — um *congresso* de plenipotenciários e uma *assemblea administrativa*, encarregados de *deliberar* sobre os assuntos de interesse da União, — uma *secretaria internacional*, encarregada de *releir*, coordenar, publicar e *distribuir* os esclarecimentos de qualquer natureza que possam utilizar ao serviço internacional dos correios, de *consultar* sobre os litígios que possam levantar-se entre os Estados unionistas, de *instruir* os pedidos para a modificação dos actos da União, de *notificar* as alterações adoptadas e, em geral, de proceder aos estudos e aos trabalhos de que for encarregada no interesse da mesma União — e um *tribunal arbitral*, para *resolver* os litígios entre os Estados unionistas a respeito das relações postais (Conv. 1920, art. 23.º e seg.). O Instituto internacional de agricultura, destinado a estudar questões e centralizar serviços respeitantes aos interesses agrícolas comuns aos Estados contratantes, é composto por uma *assemblea de representantes dos Estados*, que dirige superiormente o Instituto, e por uma *comissão permanente*, que é o *poder executivo* do mesmo Instituto e que, sob a direcção e inspecção da assemblea geral, executa as deliberações desta e prepara as propostas que houverem de ser-lhe submetidas (Conv. 1905, art. 2.º e seg.).

São assim as uniões administrativas internacionais associações de Estados, constituídas para a organização de algum *interesse comum* dos Estados unionistas, com órgãos próprios destinados à realização desses interesses.

Terão semelhantes associações personalidade jurídica? Tal é o problema que a seu respeito tem discutido a crítica jurídica e sobre o qual ainda não foi formulada uma solução definitiva.

Não pode haver dúvida de que nas uniões administrativas internacionais também se congregam os elementos de facto indispensáveis à existência da personalidade jurídica, que são a existência de interesses comuns a um grupo de pessoas e a existência de uma organização capaz de representar esses interesses.

Contudo, para a constituição de uma pessoa colectiva, não basta a existência dos elementos de facto de que ela resulta; é indispensável a existência de uma *regra de direito* que dot

(1) Carta de confirmação e ratificação de 29 de março de 1921.

(2) Vide: Carta régia de 19 de dezembro de 1907; *Nova coleção de tratados*, XII, págs. 76.

esses elementos do *poder jurídico* da personalidade. Ora existirá, em verdade, essa regra de direito? Tal é afinal a questão.

Estando o problema ainda no seu período de discussão, importa indicar as soluções que lhe têm sido dadas, para, pela sua comparação crítica, se escolher aquela que parecer juridicamente mais rigorosa.

Essas soluções podem reduzir-se fundamentalmente a quatro: a) As uniões administrativas internacionais são sujeitos de direito internacional; b) são pessoas colectivas internacionais, mas não são sujeitos de direito internacional; c) são pessoas colectivas nacionais; d) não são pessoas colectivas.

a) A primeira solução contém-se na doutrina de Catellani e Merignhac. Para o primeiro ⁽¹⁾, as uniões administrativas internacionais são verdadeiras *federações fragmentárias*. As federações são formas de Estado e portanto sujeitos de direito internacional. A personalidade jurídica seria, dentro de tal concepção, uma qualidade inerente às uniões, pela razão simples de que se reputa uma qualidade inerente aos Estados, seja qual for a sua forma. Para o segundo, os officios internacionais das uniões administrativas internacionais são personalidades de direito internacional, pois não operam por conta de um Estado determinado, mas estão ao serviço de todos aqueles Estados que aderiram às convenções de que os mesmos officios procedem ⁽²⁾.

Esta solução antolha-se-nos inaceitável no fundamento que assinala a personalidade jurídica das uniões administrativas internacionais. Estas não exercem qualquer função de Estado, apenas facilitando as relações entre os Estados ou preparando o seu aperfeiçoamento, e por isso não pode ver-se nelas nem uma forma de federação nem um sujeito de direito internacional. A existir, a sua personalidade jurídica de direito privado tem de assentar em outra base.

b) Para Fedozzi ⁽³⁾ e Fusinato ⁽⁴⁾, as uniões administrativas internacionais não são sujeitas de direito internacional, qualidade que pertence apenas aos Estados, mas são *pessoas colectivas internacionais*. Foi Fusinato quem delineou a estrutura desta teoria da personalidade jurídica das uniões. Em seu critério, deve abandonar-se a ideia tradicional segundo a qual a criação de uma pessoa colectiva não pode ser senão o acto de uma só soberania, nos limites do território em que esta soberania se exerce. Deve admitir-se, pelo contrário, como um desenvolvimento ulterior dos princípios do direito, a possibilidade da existência, ao lado das pessoas colectivas nacionais, de pes-

soas *colectivas internacionais*, criadas pelo concurso das vontades de dois ou mais Estados e dotadas das facultades que os mesmos Estados lhes quiseram atribuir. Dois ou mais Estados podem, em verdade, criar *directamente*, mediante uma convenção, uma pessoa colectiva internacional, não só pela natureza do acto que lhe dá vida, pelo carácter dos fins a conseguir e pela formação do seu património, mas também pela extensão do território onde a sua vida lhe é garantida e em que é reconhecida, isto é, o território formado, para este efeito, pelos territórios dos Estados signatários da convenção.

As pessoas colectivas assim criadas são regidas também por um *direito internacional*, mas este direito internacional não tem nada que ver com aquilo que se entende por o *direito internacional*, isto é, o conjunto das regras que determinam os direitos e os deveres dos Estados nas suas mútuas relações. É um direito que só é internacional *pela sua fonte*, e que deve ser constituído todas as vezes que os Estados criam uma pessoa colectiva internacional. A lei da pessoa colectiva internacional será, pois, o acto internacional que a constituiu, completado, eventualmente, pelos estatutos ou pelos regulamentos feitos para a aplicação daquele acto. No silêncio do acto internacional e dos estatutos e regulamentos que o completam, o regime jurídico das pessoas colectivas internacionais deve completar-se com as leis do Estado onde elas tenham a sua sede, em virtude da legítima presunção de que os Estados interessados assim o pretenderam, pelo facto de aí fixarem aquela sede.

Tal é a tese de Fusinato. A união administrativa internacional é uma pessoa colectiva criada por um acto internacional e regida por um direito internacional característico, diferente do direito internacional que rege as relações mútuas dos Estados.

A tese de Fusinato, que é certamente original, depara com uma objecção irrespondível, formulada por Anzilotti. Semelhante tese supõe uma ordem jurídica intermediária entre a ordem jurídica interna, de que são sujeitos as pessoas singulares e as pessoas colectivas nacionais, e a ordem jurídica internacional, de que são sujeitos os Estados. Semelhante ordem jurídica não existe, porém, e por isso a doutrina de Fusinato deixa de ter consistência jurídica.

Sendo assim, a personalidade jurídica das uniões, a existir, ou ha de integrar-se na ordem jurídica internacional, ou na ordem jurídica de um Estado determinado. Na ordem jurídica internacional não poderá, todavia, integrar-se, por isso que essa ordem jurídica se limita aos direitos e deveres dos Estados como tais, e, por um lado, as uniões nem são Estados nem exercem funções de Estado, e, por outro lado, o seu reconhecimento como pessoas colectivas equivale a atribuir-lhes o poder de exercerem direitos privados, e estes são regulados pelo direito interno, e não pelo direito internacional.

⁽¹⁾ *Revue de droit international public*, 1901, pág. 398.

⁽²⁾ *Traité de droit public international*, II, pág. 160 e seg.

⁽³⁾ *Gli enti collettivi nel diritto internazionale*, pag. 119 e seg.

⁽⁴⁾ *La personalità giuridica dell'Istituto internazionale d'agricoltura*, na *Rivista di diritto internazionale*, tom. VIII, 1914, pág. 148 e seg.

Chegamos assim à conclusão de que as uniões ou não gozavam de personalidade jurídica ou são pessoas colectivas nacionais.

c) A corrente doutrinal que considera as uniões como pessoas *colectivas nacionais* apresenta duas variantes. Para uma, pelo acto de constituição de uma união, os Estados signatários obrigam-se todos a reconhecer no seu território a união como uma pessoa colectiva nacional. Para a outra, o acto de constituição de uma união significa que os Estados signatários quiseram constituir uma pessoa colectiva nacional estabelecida na sede da união.

Destas duas variantes, a primeira equivaleria a admitir que cada união representaria tantas pessoas colectivas como são os Estados que a compõem, o que é incompatível com a unidade de fim que preside à criação das uniões e à unidade de regime necessária à regulamentação da sua vida jurídica. Do mérito da segunda variante diremos um pouco adiante.

d) Michoud, ⁽¹⁾ Mamelock ⁽²⁾, Anzilotti ⁽³⁾ e Pillet ⁽⁴⁾ não consideram as uniões como pessoas colectivas, vendo nos órgãos internacionais que nelas existem simples *agências* dos Estados da união ou *órgãos comuns* a esses Estados, e no património que os mesmos órgãos possuam ou administrem um simples caso de indivisão.

Qual será das quatro soluções a mais rigorosamente jurídica?

As duas primeiras já as pusemos de lado, por não corresponderem à verdadeira natureza das uniões. A primeira variante da terceira solução igualmente a afastámos, por não se compadecer com a unidade de fim e com a unidade de regime que supõem as mesmas uniões. Resta-nos escolher entre a solução da personalidade colectiva nacional e a solução do órgão comum.

Nas convenções orgânicas ou complementares das uniões, os Estados signatários só uma vez se preocuparam com a personalidade das uniões ou dos seus órgãos. Foi no regulamento anexo à convenção de Paris de 20 de maio de 1875, que criou a União internacional dos pesos e medidas. A convenção fundou uma repartição internacional de pesos e medidas, com sede em Paris, a qual funciona sob a direcção e vigilância de uma comissão internacional, estando esta, por seu turno, subordinada à autoridade de uma conferência internacional composta de delegados de todos os Governos contratantes. O regulamento

anexo dispôs no artigo 5.º que o Governo francês, por proposta da comissão internacional, tomaria as disposições necessárias a fim de a repartição ser considerada como estabelecimento público, isto é, como pessoa colectiva ⁽¹⁾.

A única vez, pois, que os fundadores de uma união pensaram no problema da sua personalidade, resolveram-no afirmativamente, optando pela solução de a considerar como uma pessoa colectiva nacional, sob o aspecto de uma *fundação*, mas que, na realidade, é uma corporação, pois os Estados são ao mesmo tempo os fundadores, organizadores e destinatários da personalidade.

Deverá a solução da convenção de 1875 considerar-se como um facto esporádico, ou deverá antes considerar-se como o *direito comum tácito* das uniões? E para nós evidente que a personalidade jurídica das uniões na esfera do direito privado só pode existir em face do direito interno de um determinado Estado e portanto as mesmas uniões apenas poderão ser consideradas pessoas colectivas nacionais. Também nos parece que uma união, assim como organiza um interesse comum dos Estados que a constituem, o qual se destaca dos interesses particulares dos mesmos Estados, assim também deve ter uma vida jurídica distinta da vida jurídica de cada um desses Estados, à semelhança do que acontece nas associações e sociedades constituídas por indivíduos. Ora, a categoria jurídica que atribui aos grupos uma vida jurídica distinta da dos seus membros é exactamente a personalidade jurídica. É por isso legítimo supor que, ao fundar uma união, os Estados quiseram atribuir-lhe personalidade de direito privado. E, como esta só pode existir em face do direito interno e deve ser *una*, ainda é legítima a suposição de que, ao fundar uma união e ao fixar-lhe a sede num determinado país, eles quiseram que, para os efeitos do direito privado, ela fôsse considerada como uma pessoa colectiva com a nacionalidade desse país, regida pela convenção orgânica, pelos regulamentos complementares e, por fim, pelas leis da sede, como direito subsidiário.

Esta solução é claramente mais perfeita que a solução do *órgão comum*, pois habilita os órgãos administrativos das uniões a exercer direitos privados como representantes *constitucionais* da união, em vez de os exercerem como uma espécie de *mandato colectivo* dos Estados unionistas.

Consideramos por isso exacta a doutrina formulada no relatório da comissão parlamentar belga encarregada de examinar a convenção orgânica do Instituto internacional de agricultura, nestes termos: «A convenção internacional que cria uniões ou associações entre Estados basta para criar a pessoa

(1) *La théorie de la personnalité morale*, vol. II, pág. 530 nota 1.

(2) Citado por Michoud, ob. e lug. cit.

(3) *Gli organi comuni nelle società di Stati*, na *Rivista di diritto internazionale*, tom. VIII, 1914, pág. 156 e seg.

(4) *Des personnes morales en droit internationale privé*, pág. 54.

(1) Carta régia de 28 de abril de 1876; *Nova colecção de tratados*, IV, pág. 10 e seg.

colectiva. Essa convenção é um tratado que a aprovação legislativa nos diversos países transforma em lei para o conjunto e para cada um dos países aderentes. Por isso mesmo que a convenção cria um instituto como um organismo permanente, com vida, meios de existência e funções próprias, cria um ser jurídico capaz de desempenhar a sua missão»⁽¹⁾.

Devemos observar que a condição jurídica das uniões administrativas internacionais se modificará logo que se torne efectivo o artigo 24.º do pacto da Sociedade das nações, assim redigido: «Todos os officios internacionais estabelecidos por tratados colectivos serão colocados, com o assentimento dos Estados interessados, sob a autoridade da Sociedade. Todos os outros officios internacionais e todas as comissões encarregadas de negócios de interesse internacional que de futuro se criarem, serão colocados sob a autoridade da Sociedade».

Em verdade, com a execução deste preceito, as uniões administrativas internacionais ficam integradas na Sociedade das nações, desaparecendo naturalmente a sua personalidade jurídica independente, para passarem a *viver* da personalidade jurídica daquela Sociedade, visto deixarem de ser organizações autónomas, para serem *instituições administrativas* da Sociedade das nações.

75 — Ao lado das associações internacionais de Estados, é enorme o número de associações internacionais de origem particular, quer de indivíduos, quer de associações nacionais. Da primeira categoria é exemplo típico o Instituto de direito internacional, e da segunda a Associação internacional das acadêmias⁽²⁾.

Terão ou poderão ter semelhantes associações individualidade jurídica?

No estado actual da evolução jurídica, só poderão ter essa individualidade se se constituírem segundo a legislação de um determinado Estado, em condições de nesse Estado lhes ser reconhecido o direito de personalidade. Ficando internacionais quanto ao seu fim, terão de nacionalizar-se quanto à personalidade. E' o único meio de se habilitarem a ter um património distinto do património dos seus membros⁽³⁾.

Não deixaremos, porém, de observar que se torna necessário definir e organizar o *estatuto das associações internacionais*. Estas associações são numerosíssimas, representam, como diz Kasansky⁽⁴⁾, uma espécie de *international self-government*, e constituem um poderoso factor do desenvolvi-

mento da vida internacional, bem merecendo por isso a atenção dos juristas e dos governos, no sentido de definir o regime da sua constituição e do exercício da sua actividade.

E vem certamente breve o dia em que será organizado o estatuto das associações internacionais. Assim o faz prever uma série de factos respeitantes a essas associações, como: a realização de dois congressos das associações internacionais, em Bruxelas, em 1910 e 1913, tendo aderido ao primeiro 132 e ao segundo 169 associações, em cujo programma figurou o problema da personificação das mesmas associações; a criação, pelo congresso de 1910, da *União das associações internacionais* e do *Officio central das associações internacionais*, instituições destinadas a coordenar os esforços de tais associações e a dar permanência às suas relações⁽¹⁾; a apresentação por Von Bar ao Instituto de direito internacional, na sessão da Cristiania de 1912, de um projecto de convenção contendo o regime jurídico das associações internacionais, e a nomeação pelo Instituto de uma comissão para estudar o assunto⁽²⁾; e o voto emitido pela conferência diplomática de assistência aos estrangeiros, realizada em Paris em 1912, no sentido do reconhecimento legal das associações de assistência aos estrangeiros⁽³⁾. Tudo isto mostra o interesse crescente que vão despertando as associações internacionais como um facto imanente à vida moderna, que exige a necessária disciplina jurídica⁽⁴⁾.

(1) *Congrès mondial des associations internationales*, Bruxelles, 1911 e 1912; *Revue Darras — de Lapradelle*, 1910, pág. 559 e seg., e 1913, pág. 274; *La Vie internationale*, I, 1912, pág. 9 e seg., e III, 1913, pág. 488 e seg.

(2) *Annuaire*, XXV, pág. 466, e XXVI, pág. 719; *Revue-Fauchille*, 1915, pág. 120.

(3) *Revue* cit., 1915, pág. 124.

(4) Vide: André Guillois, *Les associations internationales*, na *Revue-Fauchille*, 1915, pág. 5 e seg.

(1) *Revue Darras — de Lapradelle*, 1910, pág. 564.

(2) Vide: Pillet, ob. cit. n.º 40 e 40 bis.

(3) Conf Pillet, ob. cit., pág. 56.

(4) *Revue Générale de droit international public*, tom. IX, pág. 353 e seg.

CAPÍTULO III

Princípio fundamental de determinação da lei aplicável às diferentes relações jurídicas, para o efeito da resolução dos conflitos de leis

SECÇÃO I

Fórmula e evolução do princípio

§ I

Fórmula do princípio

SUMÁRIO. 76.— Genese, conceito e interesse do problema dos conflitos de leis. 77.— Os elementos de conexão das relações jurídicas com as leis de diferentes Estados e o sentido geral da resolução do problema dos conflitos de leis. 78.— A personalidade e a territorialidade das leis como soluções do problema. O princípio do reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras como o princípio fundamental que, no momento actual, domina o problema dos conflitos de leis. 79.— Carácter do princípio; sua tendência evolutiva.

76 — Os direitos privados, como quaisquer outros direitos, são poderes reconhecidos pela ordem jurídica, que só têm utilidade quando exercidos, e o seu exercício apenas é juridicamente protegido quando realizado em harmonia com a lei.

Ora, dado o actual modo de ser da humanidade, que é a sua divisão em Estados independentes com leis próprias, o exercício dos direitos privados pode encontrar-se em contacto com leis de diferentes Estados, bastando para isso que haja algum *elemento de conexão* pessoal ou real das relações jurídicas, por que se traduz e a que se reduz o exercício dos mesmos direitos, com dois ou mais sistemas jurídicos estaduais. Assim, se um espanhol pretender casar em Portugal com uma mulher francesa, o exercício do direito de contrair casamento estará em conexão com a lei espanhola e com a lei francesa pelo elemento pessoal *nacionalidade* dos cônjuges, e com a lei portuguesa pelo elemento real *lugar da celebração* do casamento. E o mesmo acontecerá sempre que um estrangeiro pretenda exercer um direito em Portugal, ou um português exercer um direito em país estrangeiro, pois que o exercício do

direito se encontrará em conexão ao mesmo tempo com a lei nacional do sujeito de direito e com a lei do lugar do respectivo acto ou facto jurídico.

Por outro lado, sendo a emigração e as trocas internacionais fenómenos iminentes à vida progressiva da humanidade (n.º 1), a conexão do exercício de direitos privados com leis de diferentes Estados não só é *possível*, mas constitui uma permanente e intensa *realidade*, constituindo-se constantemente e em toda a parte *relações jurídicas internacionais de carácter privado* (1), as quais representam um elemento da vida jurídica de milhões de indivíduos e de pessoas colectivas, de uma importância sempre crescente.

Estas circunstâncias produziram naturalmente o problema da determinação da *lei aplicável* às relações jurídicas que se encontram em contacto com leis de diferentes Estados, o qual, se não é o único, é o problema fundamental do direito internacional privado.

A este problema dá-se geralmente o nome de *problema dos conflitos de leis*, por aquelas relações se encontrarem em contacto com leis de diferentes países e estas leis como que *concorrem* e entre si disputarem a *competência* para regular as mesmas relações jurídicas.

Consideramos correcta, e por isso a empregamos, a fórmula c orrente *conflitos de leis*, pois condiz com a teoria da competência legislativa, que noutro lugar formulámos e aceitámos (n.º 14), acêrca da natureza específica das regras de direito internacional privado que determinam a lei aplicável às diferentes relações jurídicas.

(1) Segundo a linguagem de Jitta, cuja doutrina é rigorosa e por isso a aceitamos, as *relações jurídicas internacionais* de carácter privado formam dois grupos: a) relações jurídicas *relativamente internacionais*; b) relações jurídicas *absolutamente internacionais*.

a) As relações jurídicas relativamente internacionais são aquelas cujos elementos de consiliuição se encontram em contacto apenas com as leis de um Estado, mas são apreciadas pelos tribunais de outro Estado. Tal seria o contrato, feito em Espanha entre dois espanhóis, domiciliados nesse país, para a prestação de um facto no mesmo país, e que mais tarde fivesse de ser apreciado por um tribunal português, se o devedor não cumprisse, viesse domiciliar-se em Portugal, e o tribunal português se considerasse competente para dele conhecer. A tais relações jurídicas internacionais chama Jitta também *locais-estrangeiras*, para as contrapor às *locais-nacionais*, que são aquelas cujos elementos estão todos em contacto com as leis de um só Estado e são apreciadas pelos tribunais do mesmo Estado, como se, na hipótese indicada, o contrato fôsse apreciado por um tribunal espanhol.

b) As relações jurídicas absolutamente internacionais são aquelas cujos elementos de consiliuição se encontram em contacto com leis de diferentes Estados, como acontecerá no caso de um contrato feito entre pessoas de diferente nacionalidade ou de um contrato feito sobre um objecto situado em país diferente do da celebração (Vide Jitta, *Méthode du droit international privé*, pág. 200 e seg., e *La substance des obligations dans le droit international privé*, tom. 1, pág. 21 a 25).

Em harmonia com a linguagem corrente, diremos, pois, que se dá um conflito de leis sempre que uma relação jurídica se encontra em contacto com leis de diferentes Estados, tornando-se necessário determinar a lei competente para regular a mesma relação jurídica, e que o problema dos conflitos de leis compreende a investigação da lei competente para regular as relações jurídicas que se encontram em contacto com as leis de diferentes Estados.

Como já dissemos, este problema é o mais importante de todos os problemas do direito internacional privado. Essa importância deriva das divergências que ainda hoje dividem as legislações.

Se as legislações dos diferentes Estados fossem iguais, haveria ainda conflitos de leis, porque sempre haveria a concorrência das leis de diferentes Estados para regular uma relação jurídica de carácter internacional, mas esses conflitos não teriam interesse, pois, sendo as leis iguais, era indiferente considerar competente uma ou outra lei, visto o resultado ser sempre o mesmo.

As legislações, porém, bem ao contrário de *uniformes*, são em muitos pontos *diferentes*, e em certos assuntos *profundamente divergentes*, como acontece a respeito dos direitos reais, dos direitos de família e dos direitos de sucessão, sendo apenas no capítulo dos direitos de crédito que nos diferentes sistemas jurídicos se manifesta uma certa tendência para a uniformidade, não sendo contudo raras, mesmo aí, diferenças importantes. A carta jurídica do mundo, o *jurisfério*, como lhe chama Edmond Picard ⁽¹⁾, é tão policromaticamente colorida como a sua carta política ou a sua carta económica. As *diferenças legislativas* são, com efeito, numerosíssimas, e tantas vezes profundas, e daí vem a importância dos conflitos de leis e a necessidade de formular regras para a sua resolução, que são regras de *coordenação* das leis dos diferentes países na fixação do regime de protecção da pessoa e dos bens dos indivíduos que exercem a sua actividade fora do seu país ou cuja vida jurídica se manifesta no domínio de diferentes sistemas legislativos.

77—As relações jurídico-privadas assumem carácter internacional quando se encontram em contacto ou em *conexão* com leis de diferentes Estados. É esta simples consideração mostra a importância que devem ter em direito internacional privado os *elementos de conexão* das relações jurídicas com as regras de direito. São eles, como veremos, o necessário ponto de partida na resolução do problema dos conflitos de leis. Este problema tem por conteúdo determinar a lei aplicá-

(1) *Le droit pur*, Paris, 1908, pág. 118.

vel às relações jurídicas de carácter internacional, a lei a aplicar tem de ser naturalmente uma daquelas com que a relação jurídica se encontra em contacto, e por isso a aplicabilidade das leis tem de assentar evidentemente sobre um dos elementos de conexão. Daqui a necessidade de determinar desde já quais sejam esses elementos.

Os elementos de conexão das relações jurídicas com as regras de direito identificam-se com os *elementos da relação jurídica* — sujeito, objecto, facto jurídico e garantia.

Toda a relação jurídica tem um *sujeito*, que é a pessoa a quem se atribui o poder ou o dever jurídico; tem um *objecto*, que é o conteúdo do poder ou do dever jurídico; depende de um *facto jurídico*, de que resulta a sua constituição; e supõe uma *garantia*, que é o meio de a tornar praticamente eficaz.

A pessoa *sujeito* da relação jurídica tem, normalmente, uma *nacionalidade*, que é a qualidade de cidadão de um determinado Estado (Cód. civil, art. 18.º e seg.); tem um *domicílio*, que é o lugar onde se reputa presente para o exercício de direitos e para o cumprimento de obrigações, e que, em regra, coincide com a residência (Cód. cit., art. 40.º e seg.); pode ter uma *residência* diferente do domicílio ou mesmo existindo sem haver domicílio (Cód. cit., art. 45.º e 45.º); e tem uma *vontade*, que, dentro de certos limites, pode escolher a lei reguladora da relação jurídica (Cód. cit., art. 1107.º; Cód. com., art. 4.º, n.º 1.º). É manifesto que a nacionalidade, o domicílio, a residência e a vontade são *elementos pessoais* do sujeito da relação jurídica, que a podem pôr em conexão com leis de diferentes Estados. Basta supor que dois franceses, domiciliados em Madrid e residentes em Lisboa, fazem um contrato nesta cidade e escolhem como lei reguladora do contrato a lei brasileira. Pelas qualidades do seu sujeito, a relação jurídica encontrar-se há em conexão com quatro leis diferentes, a lei francesa, a lei espanhola, a lei portuguesa e a lei brasileira.

O *objecto* da relação jurídica, que é uma *coisa* ou um *facto*, tem sempre um *lugar* de situação ou de prestação. É este lugar é, por seu turno, um elemento real de conexão com a lei de um determinado Estado. Supondo que, no exemplo acima citado, o objecto do contrato era uma coisa sita em Itália, a relação jurídica encontrava-se em conexão com uma quinta lei, que era a lei do lugar da sua situação, isto é, a lei italiana.

O *facto jurídico* verifica-se num determinado *lugar*, que é também um elemento *real* de conexão da relação jurídica com a lei de um certo Estado. Se o predito contrato, em vez de celebrado em Lisboa, o fôsse em Londres, havia uma sexta lei em contacto com a relação jurídica, a lei inglesa.

A *garantia* normal das relações jurídicas é a *acção judicial*, esta tem de ser proposta perante o tribunal de um determinado Estado, e daí resulta que o *lugar da propositura*

da acção é um nóvo elemento *real* de conexão da relação jurídica com a lei do Estado do tribunal. Se, na hipótese acima, o devedor não cumprisse a obrigação, se tivesse domiciliado em Berne e contra elle fôsse proposta uma acção nesta cidade, a relação jurídica encontrar-se-ia em conexão com uma sétima lei, que seria a lei suíça.

Tais são os factos que constituem os elementos de conexão por que as relações jurídicas podem encontrar-se em contacto com as leis de diferentes países, do que deriva o seu carácter internacional. A análise desses factos indica com clareza como pode produzir-se o problema dos conflitos de leis e indica o sentido geral em que deve ser resolvido. Esse problema propõe-se, como já foi dito, determinar a lei applicável às diferentes relações jurídicas, e essa determinação tem de basear-se na apreciação dos elementos de conexão da relação jurídica com as leis de diferentes Estados, considerando *decisivo* da applicabilidade de uma lei algum desses elementos, como a nacionalidade ou o domicílio do indivíduo, a situação das coisas, o lugar da celebração ou da execução do contracto, a propositura da acção, etc. E deverá ser elemento decisivo da applicabilidade de certa lei aquele que conduzir a uma solução justa na regulamentação das relações jurídicas.

78 — Posto em equação o problema dos conflitos de leis, segue-se naturalmente dar-lhe uma solução.

Na história do direito encontram-se três soluções: a solução simplista da *personalidade das leis*; a solução, igualmente simplista, da *territorialidade das leis*; e a solução científica da *coordenação das leis* com as quais as relações jurídicas podem encontrar-se em contacto, considerando competente a lei que melhor corresponda à natureza das relações jurídicas ou ao fim social das leis.

A *personalidade das leis* foi a solução esboçada pelo direito romano com o seu *jus gentium*, que, segundo a opinião mais autorizada, foi, na sua feição primordial, um direito romano destinado a regular as relações jurídicas dos estrangeiros entre si ou com os cidadãos romanos, em grande parte derivado das leis estrangeiras, representando até certo ponto, poderia dizer-se, uma *adaptação romana do direito estrangeiro*, e constituindo um sistema jurídico independente do sistema jurídico formado pelo *jus civile*, que era o direito dos cidadãos romanos, o *jus quiritium* (1); foi a solução adoptada na Europa pelas chamadas leis *bárbaras* na primeira metade da idade média, onde os diferentes povos, embora incorporados na mesma

(1) Vide: Coleman Phillipson, *The international law and custom of ancient Greece and Rome*, London, 1911, I, pág. 69 e seg., 90 e seg., 277 e seg., e 285 e seg.; Pélissier du Rausas, ob. cit., I, pág. 19 e 20.

unidade política, eram regidos pelas leis da sua *raça* ou da sua *origem*; e é a solução dominante no *regime das capitulações*, como acima deixamos dito.

Segundo tal solução, as relações jurídicas são reguladas pelas leis da *nação* a que o indivíduo pertence, e por isso o elemento de conexão decisivo da competência das leis é a *nacionalidade*, ou melhor, a *origem* das pessoas (1).

A *territorialidade das leis* foi a solução feudal. Com a fusão jurídica das raças que constituam os Estados medievais, pelo estabelecimento da unidade do direito para todos os membros do Estado, qualquer que fosse a sua origem, e com o desenvolvimento do feudalismo, que foi um sistema político de fusão da soberania com a propriedade e um sistema de isolamento jurídico e político dos diversos senhores, por forma a cada senhor ter a sua jurisdição e as suas leis, as quais eram *limitadas* ao domínio senhorial, mas, ao mesmo tempo, *exclusivas* da applicação de quaisquer leis estranhas, afirmou-se o principio da territorialidade das leis, segundo o qual ficam sujeitos às leis vigentes em determinado território todas as pessoas que aí se encontram, todas as coisas que aí estejam situadas e todos os actos que aí se verificarem, principio que teve a sua expressão no conhecido adágio do velho direito francês — *todos os costumes são reais*, o qual significava que, no caso de conflitos de leis, estas eram estritamente territoriais. Nesta solução, o elemento de conexão decisivo da competência das leis era afinal o lugar da apreciação das relações jurídicas por qualquer jurisdição, visto esta não poder aplicar senão as leis vigentes no respectivo território (2).

Tanto a solução *personalista*, que é uma associação exagerada do direito com a *raça*, como a solução *territorialista*, que é uma associação exagerada do direito com a *terra*, eram *soluções mecânicas*, encontrando embora explicação nas condições sociais em que appareceram, mas não eram *soluções justas*, que assentassem na coordenação das leis com a natureza objectiva das relações jurídicas.

A solução justa do problema dos conflitos de leis tinha de basear-se na análise das relações jurídicas e na finalidade das leis que as regulam, para considerar competente aquella lei que melhor correspondesse ao destino da relação jurídica na vida dos indivíduos.

Mas, se a lei competente para regular uma relação jurídica

(1) Vide: Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, tom. I, pág. 89; Laurent, *Droit civil international*, I, pág. 285 e seg.; Lainé, ob. cit., I, pág. 56 e seg.; Meili, *International civil and commercial law*, pág. 55 e seg.

(2) Savigny, ob. cit., pág. 127; Laurent, ob. cit., pág. 266; Lainé, ob. cit., I, pág. 269 e seg.; Meili, ob. cit., pág. 61.

deve ser a lei mais consentânea com a sua natureza, essa lei tanto pode ser a lei do país onde a relação jurídica for apreciada, como uma lei estrangeira, e daí o corolário de que o problema dos conflitos de leis é um problema de coordenação das leis dos diferentes Estados, para a determinação do regime legal das relações jurídicas internacionais. E assim o concebe, em verdade, a doutrina e o direito positivo, os quais são dominados pelo princípio, que já noutra lugar enunciámos ⁽¹⁾, do *reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras*, o qual é evidentemente um princípio de coordenação das leis de um Estado com as leis dos outros Estados.

Este princípio, que orienta todo o problema dos conflitos de leis, não é hoje um simples postulado da ciência, ou mera idealidade ainda a traduzir no direito internacional positivo. É já um princípio deste direito.

A territorialidade das leis, como regime geral das relações jurídicas, que era o conceito dominante nos Estados onde foi estabelecida a unidade do direito para todos os indivíduos, independentemente da sua origem, e em que mais ou menos se sentiu a influência das ideias feudais, era incompatível com o mútuo reconhecimento dos Estados como entidades iguais, igualmente dotadas de uma esfera própria de actividade jurídica e por igual possuindo a função legislativa, e era incompatível com o reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros.

Era incompatível com o mútuo reconhecimento dos Estados como colectividades igualmente dotadas da função legislativa, pois o reconhecimento e o respeito desta função envolve o reconhecimento e o respeito do valor jurídico dos actos praticados e das relações jurídicas constituídas sob o império das leis promulgadas pelo Estado no exercício das suas funções, e o princípio da absoluta territorialidade das leis conduziria ao completo desconhecimento do valor e eficácia dos actos e das relações jurídicas constituídas sob o império das leis estrangeiras; e era incompatível com o princípio do reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros, pois que este princípio reduzir-se-ia, como diz Cavaglieri ⁽²⁾, a uma palavra vã, sempre que aos estrangeiros não fôsse concedido fazer valer os seus direitos com base nas leis estrangeiras sob cujo império os adquiriram.

Além disso, o princípio da absoluta territorialidade das leis, como, por seu lado, observa Anzilotti, tornaria absolutamente casual e diverso de Estado para Estado o valor jurídico de um mesmo facto ou relação, produziria completa incerteza acêrca da validade e eficácia dos actos, paralisaria as relações entre

os súbditos dos vários Estados e redundaria muitas vezes em evidentes violações de exigências elementares da justiça ⁽¹⁾.

Era por isso natural que, da formação da comunidade jurídica internacional, pela irrecusável aceitação do princípio do reconhecimento mútuo dos Estados como sujeitos de direitos, como colectividades autónomas e iguais e igualmente dotadas de um poder legislativo independente, resultasse, a par com o princípio do reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros, que domina o primeiro problema do direito internacional privado, o princípio do *reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras*, no sentido de não ignorar essas leis e de as aplicar às diferentes relações jurídicas, tomando por base normas de conflitos de leis, não arbitrarias, mas derivadas de uma apreciação objectiva da natureza dessas relações e dos elementos de conexão existentes entre as mesmas relações e uma determinada legislação estrangeira. Era natural, em suma, que se afirmasse progressivamente o *princípio da exterioridade das leis*, com o conteúdo da dupla obrigação para os Estados de, por um lado, reconhecerem o valor e eficácia das leis estrangeiras e, por outro lado, praticarem um *sistema de regras de conflitos de leis*, para o efeito de aplicarem as mesmas leis estrangeiras segundo o critério que lhes parecesse mais conforme à natureza das relações jurídicas e ao fim social das leis ⁽²⁾.

Mas ter-se há constituído, com efeito, o princípio do reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras? E, tendo-se constituído, qual será o seu valor e o seu carácter?

Que o princípio existe como uma formação do costume internacional, parece uma verdade incontestável, derivada da análise dos factos por que se traduz o procedimento dos Estados civilizados relativamente ao valor atribuído aos direitos adquiridos em país estrangeiro e à resolução dos conflitos de leis.

Todos os Estados reconhecem os direitos adquiridos sob o império de leis estrangeiras, sempre que, na constituição das relações jurídicas, estas não apresentem nenhum elemento de conexão com as suas próprias leis e sempre que o reconhecimento do direito adquirido em país estrangeiro não seja contrário a uma lei local de ordem pública internacional. Este facto já mostra o reconhecimento do valor e da eficácia das leis estrangeiras, pois outra coisa não é o reconhecimento dos direitos adquiridos à sombra dessas leis.

Duas ordens de factos, a que já noutra lugar nos referimos ⁽³⁾, revelam, porém, directa e imediatamente o reconheci-

⁽¹⁾ Supra, pág. 37.

⁽²⁾ *L'elemento consuetudinario nel diritto internazionale privato*, pág. 54.

⁽¹⁾ *Corso di diritto internazionale*, pág. 42.

⁽²⁾ *Cavaglieri*, ob. cit., pág. 37.

⁽³⁾ Supra, pág. 37.

mento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras: a) Todos os Estados civilizados se afastam mais ou menos do princípio da territorialidade das leis, sancionando, quer nas leis internas, quer nos costumes jurídicos nacionais, um certo número de regras de conflitos de leis, muitas vezes semelhantes às estabelecidas em outros Estados e sempre conduzindo, em maior ou menor escala, à aplicação das leis estrangeiras; b) os mesmos Estados procuram ou moldar as suas normas de conflitos de leis pelas existentes nos outros Estados, ou formular, por meio de tratados, regras uniformes de resolução dos conflitos de leis.

A primeira ordem de factos revela a convicção da necessidade de um sistema de resolução dos conflitos de leis que afaste a administração da justiça do princípio da territorialidade das leis. A segunda põe em evidência que os Estados já sentem, não só a necessidade de *um sistema* de regras de conflitos de leis, mas, mais que isso, a necessidade de *um sistema uniforme* de regras de coordenação das leis dos diferentes países. São uma clara demonstração dessa convicção dos Estados os tratados de Montevideo de 1889 e as convenções da Haia de 1896, 1902 e 1905, documentos frisantes de que ao Estado moderno repugna decididamente o princípio da territorialidade das leis. Referindo-se às convenções da Haia, escreve Cavaglieri: «Existia, pois, antes da codificação da Haia algum verdadeiro princípio de direito internacional privado. Aquela teria sido impossível sem este, pois não pode conceber-se um acôrdo convencional dos Estados, tendente à aceitação de critérios comuns de competência, que não encontre o seu fundamento em certas normas essenciais preexistentes» (1).

Pode portanto afirmar-se que existe uma convicção jurídica comum dos Estados civilizados acerca do reconhecimento do valor e eficácia das leis estrangeiras e acerca da necessidade de reconhecer *um sistema* de regras de resolução dos conflitos de leis.

Mas existirá igualmente a convicção jurídica comum de reconhecer *um certo sistema* de regras uniformes de resolução dos conflitos de leis? Ou, quanto à escolha do sistema a seguir, ainda persistirá a liberdade de escolha dos Estados?

79 — Se pode dizer-se já existente o acôrdo normativo tácito dos Estados acerca do reconhecimento do princípio geral do reconhecimento do valor e eficácia das leis estrangeiras e, como corolário desse princípio, o reconhecimento da obrigação de ter um sistema de resolução dos conflitos de leis, não existe ainda um acôrdo normativo tácito ou expresso quanto à aceitação de *um sistema geral de regras uniformes* de resolução dos conflitos de leis, que abranja a generalidade das relações e factos

(1) Ob. cit., pág. 62.

jurídicos. A verdade positiva é que, dentro do princípio geral do reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras, os Estados conservam, em regra, a *liberdade de escolha* do sistema de regras de conflitos de leis que, em seu critério, melhor se harmonize com a natureza das relações jurídicas e com o fim social das leis.

E dizemos *em regra*, pois aquele princípio geral está em constante *evolução*, no sentido de se organizar cada vez melhor, ampliando a esfera de acção em que, tácita ou formalmente, os Estados aceitam regras uniformes de resolução dos conflitos de leis, que constituam, por assim dizer, a regulamentação uniforme do mesmo princípio.

É assim que, mediante o costume internacional, se podem dizer constituídos: o princípio de que não é lícito a nenhum Estado atribuir-se o direito de regular pelas suas leis as relações jurídicas que, por algum elemento pessoal ou real, se não encontrem ligadas à legislação local, como, por exemplo, as relações de família ou as sucessões entre estrangeiros que só transitóriamente se encontrem no Estado local; o princípio da competência da *lex rei sitae* para regular a organização da propriedade imobiliária; o princípio da competência da *lex fori* para regular a competência dos tribunais e a forma do processo.

Passando do costume aos tratados, encontramos concretizações, geograficamente mais restritas, mas objectivamente mais definidas do mesmo princípio. São característicos os tratados de Montevideo e as convenções da Haia, já citados, que definiram princípios uniformes de resolução dos conflitos de leis nas relações de um número de Estados já considerável (1).

Três conclusões derivam pois da análise dos factos da vida internacional: *primeira* — a existência do princípio geral do reconhecimento do valor e eficácia das leis estrangeiras e, concomitantemente, da necessidade de cada Estado adoptar um sistema de regras de resolução dos conflitos de leis que o desvie do princípio isolador da territorialidade das leis; *segunda* — a liberdade de o Estado, em regra, escolher o sistema de conflitos de leis que considere mais conforme à natureza das relações jurídicas e ao fim social das leis; *terceira* — a evidente tendência do princípio para se concretizar em regras uniformes de resolução dos conflitos de leis, que vão restringindo progressivamente o seu carácter de generalidade.

Sendo assim, torna-se claramente necessário investigar como o princípio apareceu e evolucionou, para depois sinalar os resultados da sua evolução quanto à organização de uma teoria positiva da resolução dos conflitos de leis (2).

(1) Supra, n.º 24 a 28.

(2) Vide: Supra, pág. 36, nota 2; Conf. Catellani, *Il diritto internazionale e i suoi recenti progressi*. Torino, 1902, II, pág. 372.

§ II

Evolução doutrinal do princípio

DIVISÃO I

Teoria dos estatutos

SUMÁRIO. 80 — Motivo da designação de *Teoria dos estatutos* dada à primeira fórmula doutrinal da resolução dos conflitos de leis. Escolas estatutárias. 81 — Escola estatutária italiana. Meio histórico em que se formou, forma que revestiu e método que adoptou. Seus principais representantes. 82 — Escola francesa do século XVI. Organização da doutrina estatutária. Sistema de D'Argentré. Destino da sua doutrina. 83 — Escola holandesa. Seus representantes e seus princípios. As bases lógicas da teoria. 84 — Escola francesa do século XVIII. Seus representantes. Seu carácter de escola de transição. 85 — Crítica da teoria dos estatutos. 86 — Resultados da teoria. 87 — Teoria neo-estatutária. 88 — A doutrina anglo-americana como uma doutrina *quasi-estatutária*. 89 — A teoria dos estatutos em Portugal.

80 — A primeira teoria da resolução dos conflitos de leis baseada na idea do reconhecimento do valor, eficácia e applicabilidade das leis estrangeiras foi a *Teoria dos estatutos*, assim chamada por se haver proposto inicialmente a resolução dos conflitos entre os *estatutos* ou *leis particulares* das cidades do norte de Itália.

A teoria dos estatutos, iniciada na segunda metade do século XIII com os post-glosadores, dominou fundamentalmente a elaboração doutrinal sobre os conflitos de leis até o fim do século XVIII.

Não conservou, porém, sempre a mesma fisionomia, nem obedeceu sempre às mesmas tendências, antes se transformou, segundo os meios históricos que ia atravessando e segundo a orientação científica dos seus representantes.

Podem, em verdade, precisar-se quatro fases características, a que correspondem quatro escolas estatutárias: uma *fase de origens*, que vai de fins do século XIII até o século XVI, em que a teoria é *esboçada* pela *escola estatutária italiana*; uma *fase de organização*, que é representada pela *escola estatutária francesa do século XVI*; uma *fase de crítica*, que abrange o século XVII e em que a *escola estatutária holandesa* procurou determinar as *bases lógicas* da teoria; e uma *fase de transição*, em que a *escola estatutária francesa do século XVIII*

prepara o terreno para o advento das modernas teorias da comunidade de direito.

Indicaremos, a traços largos, como se constituiu, como se transformou e os resultados que produziu a teoria dos estatutos, pois consideramos o estudo da sua história, da sua organização e dos princípios por ela legados às teorias posteriores, um elemento indispensável à organização tanto científica como legal da teoria de resolução dos conflitos de leis (1).

81 — 1 — *Escola estatutária italiana*. A teoria dos estatutos nasceu no seio das cidades do norte de Itália, as quais, desde os fins do século X foram crescendo sucessivamente em poder, até que, pelo tratado de Constança de 25 de junho de 1183, foi definitivamente reconhecida a sua existência de comunas e lhes foram concedidas tão valiosas imunidades, que elas se tornaram verdadeiras repúblicas autónomas, embora sob a suserania do Santo Império Germânico.

A par com a *autonomia política*, gozavam as cidades italianas de certa *autonomia legislativa*, pois, se eram todas regidas pelo direito comum da Lombardia, constituído pelo direito romano e pelo direito lombardo, tinham também as suas leis municipais particulares, chamadas *estatutos*, formadas por costumes derivados em parte das leis lombardas e em parte dos novos usos dos povos, estatutos que foram redigidos e codificados no século XIII.

No gôzo de autonomia política e na posse de um direito próprio, as cidades italianas, por um lado, entregavam-se ao exercício da indústria e do comércio, determinando este naturalmente relações frequentes entre os seus habitantes e obrigando-os a deslocarem-se de uma para outra cidade, e, por outro lado, cultivavam, com interesse crescente, os estudos jurídicos, o que preparava o meio científico para a análise jurídica das situações *novas* que as relações entre súbditos de diversas cidades e a existência em cada uma delas de súbditos das outras vinham naturalmente oferecer à observação dos homens de lei. Com efeito, no século XII, é fundada a escola de Bolonha, aí os textos do direito romano saem do esquecimento em que se tinham conservado e são estudados com tanto ardor e tanto sucesso que, desde a sua origem, a escola adquire grande renome e atrai estudantes de toda a Itália e de todas as regiões da Europa. O estudo do direito romano propaga-se e, em pouco tempo, a Itália setentrional cobre-se de escolas florescentes e assim se opera a *primeira renascença* daquele direito

(1) Vide: Laurent, *Droit civil international*, I, pág. 297 e seg.; Von Bar, ob. cit., §§ 17.º e seg.; Lané, ob. cit., pág. 45 e seg.; Weiss, *Traité*, III, pág. 8 e seg.; Catellani, ob. cit., pág. 266 e seg.; Meili, ob. cit., §§ 20.º e seg.; Anzilotti, *Corso di lezioni*, pág. 17 e seg.

no seio de cidades cheias de vida e de riqueza, dadas à indústria e ao comércio exterior.

Acrescia que os professores de direito romano eram ao mesmo tempo homens de ciência e homens práticos, que tomavam parte na vida activa da cidade, juntando ao espirito esclarecido pelo estudo a autoridade vinda da experiência. «Encontravam-se, nota Lainé, numa situação análoga à dos grandes jurisconsultos romanos da época clássica e, inspirados pelo mesmo espirito, dedicaram-se a perscrutar, a traduzir e a desenvolver as aspirações populares que faziam nascer os costumes e as necessidades do tempo» (1).

E acrescia ainda que, ao passo que na maior parte da Europa, o feudalismo onnipotente embaraçava as relações pacíficas dos povos e até as comunicações dos habitantes do mesmo país, na Itália o espirito feudal era dominado pelo génio mais largo do direito romano e pelas necessidades do comércio.

«A Itália setentrional, escreve o mesmo Lainé, occupava assim, na idade média, uma situação política e social única. Pequenos Estados, numerosos, populosos, vizinhos e commerciantes, estabeleciam relações frequentes. Tinham leis municipais, os seus estatutos, que diferiam do direito comum, isto é, em última análise, do direito romano, e variavam de território para território. Daí resultou que, por virtude das deslocções dos súbditos destes diversos Estados, e por virtude das aquisições, alienações, testamentos ou outros actos realizados por eles fora do seu Estado, se produziam conflitos quer entre os estatutos e o direito romano, quer dos estatutos entre si. Tornava-se necessário resolvê-los. A quem pedir as regras de resolução? Homens de ciência e de experiência, aí se encontravam: eram os juristas das escolas, os quais propuseram, com effeito, um certo número de regras. Os juristas formularam três questões: 1.ª Serão válidos os estatutos que revogam o direito comum? 2.ª Sendo válidos, qual a extensão da sua applicação nas suas relações com o direito comum? 3.ª Quando concorrerem entre si, como deverá ser resolvido o conflito?... Quanto ao conflito dos estatutos entre si, podiam conceber-se duas soluções. Uma consistiria em lhes dar um carácter absoluto de territorialidade: cada cidade imporia os seus estatutos na esfera da sua jurisdição a todas as pessoas e a todas as coisas, acabando o poder dos estatutos nos limites da mesma jurisdição. A outra consistiria em admitir, em cada caso e para cada relação jurídica, a preponderância do estatuto indicado pela razão como o mais justamente applicável. A primeira solução teria sido conforme ao principio feudal da soberania absoluta dos Estados; a segunda era aconselhada pelas necessidades do comércio e pelo espirito equitativo do direito roma-

(1) Ob. cit., pág. 99.

no. Como a influencia pertencia ao comércio e ao direito romano, foi neste ultimo caminho que se entrou. Entendeu-se que o conflito dos estatutos devia ser resolvido do modo mais conforme ao interesse geral e que, para isso, em certos casos, os juizes de um país tinham a obrigação de applicar tal ou qual lei estrangeira. Foi assim que nasceu o direito internacional privado, sob a forma de uma doutrina que se chamou mais tarde, precisamente em razão da sua origem, a *Teoria dos estatutos*. (1)

Fica assim patente como a situação social e política das cidades italianas fez com que elas constituíssem o meio histórico adequado para o aparecimento de uma teoria científica da resolução dos conflitos de leis. E o meio scientifico em que nasceu a teoria estatutária italiana explica muito naturalmente a forma que a escola revestiu de *comentário ao direito romano*. Em verdade, os jurisconsultos estatutários da escola italiana formulavam as suas regras de conflitos em forma de comentário às leis romanas, sendo geralmente as primeiras palavras da lei 1, título 1, livro 1, do Código de Justiniano — *Cunctos populos, quos elementæ nostræ regit imperium* — que serviram de ponto de partida para os mesmos jurisconsultos estabelecerem a sua doutrina.

O motivo de a escola revestir a forma de um comentário ao direito romano foi, por um lado, a cultura de que era objecto e a autoridade de que gozava nessa época aquele direito e, por outro lado, o facto de os juristas estatutários serem comentadores do mesmo direito: «Não é natural, pergunta Lainé, que, propondo-se, por ocasião dos seus estudos, traçar regras relativas ao alcance respectivo das diferentes leis, isto é, tendo de resolver uma questão que domina o direito no seu conjunto, os juristas o tenham feito no comentário de uma parte importante do *corpus juris*?» (2)

E a razão por que foi escolhida de preferência a lei *Cunctos populos* etc. está seguramente em que a mesma lei tem, no fundo, uma certa relação com os conflitos de leis, emquanto nela se contém a idea da extensão do Império e das leis romanas, e por isso conduzia logicamente à determinação dos limites locais dos estatutos das diferentes cidades.

As palavras da lei *Cunctos populos quos elementæ nostræ regit imperium* suggeriram a Acúrcio ou a outro glosador esta observação incluída na Glosa — *Quod si hononiensis conveniatur Mutinæ, non debet judicari secundum statuta Mutinæ, quibus non subest; cum dicat quos nostræ elementæ regit imperium*, e esta passagem da Glosa foi o início da doutrina italiana sobre os conflitos de leis, doutrina de cuja elabo-

(1) Págs. 101 a 105.

(2) Ob. cit., I, pág. 105.

ração, devida na sua melhor parte à obra de Bártolo, resultou a determinação de regras de direito internacional privado, que as escolas posteriores viriam assimilar e desenvolver.

O método seguido pelos estatutários italianos na sua criação de normas de conflitos de leis foi o método usado em todas as sciências da época, o método escolástico, que era um método essencialmente analítico e que procedia por meio de divisões e subdivisões, distinções e subdistinções, acompanhadas de incessantes e minuciosas controvérsias.

Em face de uma relação jurídica em conexão com estatutos de diferentes cidades, o processo adoptado consistia em a decompor nos seus elementos e em discutir qual o estatuto aplicável a cada um deles.

E tudo isto era feito, por um lado, sem a preocupação de aplicar princípios gerais, mas apenas com o pensamento de encontrar a solução mais racional e mais justa e, por outro lado, com a constante citação das leis romanas, em que os juristas apoiavam as suas soluções, as quais, embora realmente criadas por elles, pois que as leis romanas não contém rigorosamente regras respeitantes aos conflitos de leis, apareciam como filiadas nas mesmas leis romanas.

E assim, o método escolástico, sejam quais forem os seus defeitos como método de investigação científica, foi um método fecundo para a doutrina dos conflitos de leis no seu início, emquanto conduzia à análise das relações jurídicas e, d'este modo, encaminhava à aplicação da lei mais harmónica com a natureza das mesmas relações jurídicas.

São numerosos os jurisconsultos que, durante cêrca de três séculos, elaboraram a doutrina estatutária italiana. Na impossibilidade, porém, de estudar a doutrina, quer em todos elles, quer desenvolvidamente em qualquer deles, limitar-nos hemos a analisá-la, muito resumidamente, na obra dos seus mais notáveis representantes — Bártolo e Dumoulin (1).

(1) Lainé, que foi um dos escritores que com mais profundeza estudaram a história da teoria dos estatutos, indica na sua obra os jurisconsultos que elaboraram a doutrina italiana, dividindo-os em dois grupos, os *predecessores e contemporâneos de Bártolo*, entre os quais destaca Guillaume Durant (*Guilielmus Durantis* — 1237 a 1296), Tiago de Ravena (*Jacobus de Ravenna* — morto em 1296), Pedro de Belleperche (*Petrus a Bella Pertica* — morto em 1308), Cino de Pistoia (*Cinus de Pistorio* — 1270 a 1336), Alberico de Rosate (*Albericus de Rosciate* — morto em 1354) e João Faber (*Johannes Faber*), e os *successores de Bártolo*, dos quais foram mais notáveis os italianos Baldo (*Baldus de Ubaldis* — 1327 a 1400), Saliceto (*Bartolomeus a Saliceto* — 1363 a 1412), Paulo de Castro (*Paulus de Castro* — morto em 1441), Alexandre Tartagano (*Alexander Tartaganus* — 1413 a 1477), Rochus Curtius, (morto em 1498), e os franceses, além de Dumoulin, João Masurer (morto em 1449), Chasseneux (*Bartolomeus a Chassaneux* — 1480 a 1541) e Tiraqueau (*Andreas a Tiraquellus* — 1480 a 1558). Sobre os trabalhos e valor destes jurisconsultos, vide: Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, IV, pag. 162 e seg.; Lainé, ob. cit., I, pag. 116 e seg., e 207 e seg.

I — Bártolo (*Bartolus a Saxoferrato*) (1), que viveu de 1314 a 1357 e foi professor em Pisa e depois em Perúgia, expôs as suas ideias no comentário à lei *Cunctos populos*, incluído no comentário à primeira parte do Código de Justiniano — *Bartoli in primum Codicis partem Commentaria* (2).

Partindo da lei *Cunctos populos* e analisando a glosa *Quod si bononiensis* etc., escreve: «a propósito desta glosa, importa examinar duas coisas: primeira, se o estatuto próprio de um território se estende às pessoas que lhe não estão sujeitas; segunda, se o efeito do estatuto se prolonga além do território».

Posta assim, de um modo geral, a questão da extensão dos estatutos, Bártolo estuda-a relativamente aos contratos, aos delitos cometidos no território por estrangeiros, ao testamento, às matérias que não são nem contratos, nem delitos, nem disposições de última vontade, à aplicação aos clérigos dos estatutos feitos para os leigos, à extensão dos estatutos fora do seu território quanto às disposições proibitivas, à extensão dos estatutos fora do território quanto às disposições permissivas, à extensão dos estatutos fora do território quanto às disposições penais, e, por fim, quanto à execução das sentenças penais fora dos limites da jurisdição que as proferiu. Limitaremos a exposição da doutrina de Bártolo aos pontos que interessam ao nosso estudo, que são os respeitantes aos contratos, ao testamento, às matérias que não são contratos nem testamentos, e à extensão dos estatutos fora do seu território quanto às disposições proibitivas e permissivas.

a) *Contratos*. Bártolo supõe que um contrato celebrado em Perúgia por um estrangeiro dá lugar a um pleito no lugar de origem do estrangeiro, e pergunta qual dos dois estatutos deve prevalecer. A seu ver, a solução deve variar, segundo as diversas questões que podem surgir a propósito do contrato. Trata-se da forma do contrato? Deve atender-se ao lugar onde o acto foi celebrado. Trata-se da forma do processo? Deve atender-se ao lugar onde o processo é julgado. Trata-se do fundo do litígio (*ipsius litis decisio*)? Importa fazer uma distinção. Ou o ponto em questão respeita às conseqüências naturais do contrato, isto é, às conseqüências que o contrato continha em germen desde a sua origem, e então deve atender-se ao lugar do contrato, devendo considerar-se como lugar do contrato aquele em que o contrato foi celebrado, e não aquele em que deve ser executado; ou o ponto em questão respeita às conseqüências accidentais, por virtude de negligência ou mora, e então deve atender-se ao lugar designado para a execução do contrato ou, no caso de nada se ter precisado a tal respeito, ao

(1) Lainé, ob. cit., pag. 131 e seg.

(2) *Bartoli a Saxoferrato omnium juris interpretum antesignani commentaria*, Venetiis, MDCXV, tom. VII, pag. 4, n.º 14 e seg.

lugar da instância, pois é aí que se produz a negligência ou a mora.

b) *Testamento*. Bártolo, considerando a hipótese de um estrangeiro fazer testamento em Veneza, dispondo de bens aí situados, pergunta se o estatuto de tal cidade é ou não aplicável, e procura resolver a questão referindo-se sucessivamente à forma do testamento, às disposições aí contidas, e à capacidade do testador. Quanto à forma do testamento, decide-se pela aplicação do estatuto do lugar onde o testamento é feito, solução paralela à já seguida quanto à lei reguladora da forma dos contratos.

Quanto às disposições do testador (*ea quae sunt de voluntaria jurisdictione*), isto é, no que respeita à interpretação da vontade do testador, considera aplicável a lei do lugar onde o testamento foi feito, solução igualmente paralela à adoptada para os contratos.

Finalmente, quanto à capacidade do testador, entende que o estatuto local não pode ser aplicado aos estrangeiros. E isto, porque um estatuto não pode ampliar ou restringir a capacidade de uma pessoa que lhe não está submetida. Esta doutrina conduzia naturalmente à aplicação do estatuto da cidade a que o indivíduo pertencia e, nota Lainé⁽¹⁾, mostra que Bártolo teve o sentimento do *estatuto pessoal*, sem poder contudo fazer a sua teoria.

c) *Matérias que não são nem contratos nem últimas vontades*. Sobre estas matérias, limita-se Bártolo a indicar de modo impreciso, e a respeito de uma hipótese, uma regra relativa à lei reguladora dos direitos reais. «Suponhamos, escreve ele, que um estrangeiro é aqui proprietário de uma casa. Poderá levantá-la? Como esta questão se refere a um direito que deriva da própria coisa, o costume a consultar é o do lugar onde a coisa está situada». Como observa Lainé, esta passagem indica em Bártolo o sentimento do *estatuto real*, como na passagem anterior revelara o sentimento do *estatuto pessoal*.

d) *Extensão extraterritorial dos estatutos proibitivos*. Segundo Bártolo, os estatutos proibitivos podem referir-se à *forma*, ou ao *fundo* dos actos, ou às *pessoas*.

O estatuto proibitivo de forma, como o que proíbe fazer testamento sem a assistência de dois notários, não se estende além do território que lhe é próprio, pela razão simples de que, em matéria de formas, deve ter-se sempre em vista o lugar em que o acto é praticado.

O estatuto proibitivo relativo ao fundo do acto, como a proibição de um de dois comproprietários alienar sem o consentimento do outro, estende-se além do território, sendo nula a alienação, onde quer que se realize.

(1) Pág. 142.

O estatuto proibitivo referente às pessoas é extraterritorial quando *favorável*, como o estatuto que priva os menores de vinte e cinco anos da faculdade de testar, o qual tem por fim protegê-lo contra a captação da herança em virtude da sua fraqueza de espirito; e é territorial quando *odioso*, como acontece com o estatuto que nega às filhas o direito de sucessão, o qual não deve aplicar-se aos bens situados fora do território.

Esta distinção dos estatutos em favoráveis e odiosos, que foi durante muito tempo repetida e criticada pelos estatutários, representou em Bártolo um meio de procurar a solução justa dos conflitos de leis, e nisso consistiu o seu valor. Sem critérios firmes para obter as soluções, Bártolo, como os estatutários da sua escola, guiava-se pela natureza das leis para dar competência àquela que lhe parecia mais justa.

e) *Extensão extraterritorial das disposições atributivas de faculdades*. Sob esta rubrica, examina Bártolo a dupla questão — se o acto permitido por um estatuto pode ser realizado fora do território regido por esse estatuto — e se o acto regularmente celebrado num lugar em que o podia ser produz efeitos fora do território regido pelo estatuto em harmonia com o qual tenha sido praticado. A questão é examinada a respeito da *forma* dos actos, a respeito da *capacidade*, e a respeito das *sucessões*. Quanto à forma, Bártolo, supondo a hipótese de o estatuto de uma cidade exigir apenas quatro testemunhas para a validade do testamento, enquanto o direito comum exigia sete, e perguntando se o testamento feito no território do estatuto devia ter valor quanto aos bens situados fora desse território, decide-se pela afirmativa, aceitando a regra de que a forma do testamento está sujeita ao estatuto do lugar onde é feito, fixando-se o adágio *locus regit actum*, que, se não é devido a Bártolo, foi ele quem lhe imprimiu valor definitivo. Quanto à *capacidade*, além de uma hipótese sem interesse, supõe Bártolo a de o filho família testar e o filho espúrio ser instituído e adir a herança numa cidade cujo estatuto permitia êsses actos, e pergunta se os mesmos actos têm valor fora do território regido pelo estatuto. Decide-se pela negativa, sem que alegue, segundo Lainé, um motivo sério, limitando-se a afirmar que o valor extraterritorial de tais actos representaria um ataque aos estatutos do lugar da situação dos bens. Esta solução mostra que era ainda muito imperfeita a concepção de Bártolo acêrca da extraterritorialidade do estatuto pessoal, pois, se o estatuto era *proibitivo*, só era extraterritorial se fosse *favorável* e, se fosse *permissivo*, só era extraterritorial se não fosse contrário estatuto da situação dos bens. Quanto às *sucessões*, Bártolo, referindo e rejeitando as duas doutrinas da competência da *lei da situação dos bens* e da competência da *lei do lugar da aceitação da herança*, expõe o seu sistema nos seguintes termos. Devem examinar-se com cuidado os termos do costume ou do estatuto. Se estes dispõem tendo em vista as coisas, dizendo, por exemplo, que os bens passam para o primogénito — *bona*

decidentium veniant in primogenitum, deve aplicar-se o costume ou o estatuto do lugar da situação das coisas, por isso que a lei se refere às próprias coisas. Se, ao contrário, os termos do costume ou do estatuto dispõem tendo em vista as pessoas, dizendo, por exemplo, — *primogenitus succedat*, deve distinguir-se: se o *de cuius* não era inglês (Bártolo expôs a sua doutrina em face do costume inglês que determina que o primogénito faça seus todos os bens, e em face da hipótese de o autor da herança deixar bens na Inglaterra e na Itália), ainda que tivesse bens na Inglaterra, o estatuto deste país não se lhe aplica a ele nem a seu filho, porque as disposições respeitantes às pessoas não se aplicam aos estrangeiros; se o *de cuius* era inglês, o primogénito ficará com os bens situados em Inglaterra e, quanto aos bens situados em outra parte, ficará apenas com a parte que lhe atribuir o direito comum, porque, de duas uma, ou o estatuto inglês fere de incapacidade os filhos segundos, e então é um estatuto odioso que não pode aplicar-se fora do território, ou o estatuto inglês confere uma vantagem ao primogénito, suprimindo um obstáculo que, no interesse dos irmãos, é estabelecido pelo direito comum, e ainda em tal caso deve restringir-se ao território segundo a regra de que uma faculdade concedida por um estatuto não pode prevalecer contra os preceitos do direito comum. «Assim, em resumo, conclui Bártolo, o que importa é saber se a disposição é formulada tendo em vista as coisas ou tendo em vista as pessoas».

Para Bártolo, pois, o estatuto das sucessões é pessoal ou real, segundo a intenção do legislador, esta intenção traduz-se pelas palavras da lei, e estas palavras indicam se o estatuto é real ou pessoal. Esta exagerada importância dada por Bártolo às palavras do estatuto fez com que Dumoulin acusasse a sua doutrina de *verbalista* e que muitos críticos superficiais desvalorizassem, só por isso, a mesma doutrina, esquecendo a ideia fundamental de que o fim da lei é que lhe dá afinal o seu valor e de que a fórmula da lei é expressão do seu sentido.

Como se vê, Bártolo, que fez o seu estudo em forma de comentário a uma lei romana, procurou, sem ideias preconcebidas, resolver os conflitos dos estatutos pela análise das relações jurídicas e dos seus elementos, e pela aplicação da *lei mais justa*, sem outra preocupação que não fosse a *justiça* da solução. Distingui as relações jurídicas — contratos, testamentos e actos que não são contratos nem testamentos, e distingui os estatutos — estatutos relativos à forma, estatutos relativos ao fundo, estatutos relativos às pessoas, estatutos relativos às coisas, estatutos favoráveis, estatutos odiosos, estatutos que concedem faculdades, estatutos que restringem, isto é, fez uma série de distinções e subdistinções todas tendentes a encontrar a solução justa para os conflitos das leis. Era o método escolástico ao serviço de uma ciência nascente, que se amparava na forte autoridade do direito romano, para, formulando solu-

ções novas, lhes dar o valor de soluções firmadas em *leis existentes*.

II — Dumoulin (*Carolus Molinæus*) (1). Êste jurisconsulto nasceu em Paris em 1500, morrendo em 1566. Francês de nacionalidade, pertence pela doutrina à escola estatutária italiana. Expôs as suas ideias no comentário ao título do Código de Justiniano *De summa Trinitate et de fide catholica*, e a propósito da lei *Cunctos populos*, isto é, a sua doutrina aparece sob a forma de um comentário a uma lei romana.

Como a de Bártolo, a doutrina de Dumoulin reveste a forma de uma divisão e subdivisão dos estatutos, mas essa divisão e subdivisão são feitas já com mais sistema e mais precisão. A divisão principal é em a) estatutos relativos à forma dos actos e das instâncias e b) estatutos relativos ao fundo do direito. Êste segundo grupo ainda se subdivide em 1.º) estatutos que tem por objecto actos em que é reconhecida a *autonomia da vontade* das partes e 2.º) estatutos respeitantes a actos que dependem inteiramente da lei. E esta última classe de estatutos ainda se distingue em α) estatutos *reais* e β) estatutos *personais*.

a) *Forma dos actos e das instâncias (Aut statutum loquitur de his quæ concernunt nudam ordinationem vel solemnitatem actus)*. Nesta parte, Dumoulin apenas resume e adopta a doutrina constituída pelos seus antecessores, reconhecendo o princípio *locus regit actum* quanto à forma dos actos, e a competência da *lex fori* quanto à forma do processo. A forma dos actos deve ser regulada pela lei do lugar da celebração e a forma do processo pela lei do lugar onde é proposta a acção.

b) *Substância dos actos (Aut statutum loquitur de his quæ meritum scilicet causæ vel decisionem concernunt)*. Contrapondo à lei reguladora da forma dos actos a lei reguladora da sua *substância*, separa os preceitos de fundo em dois grupos, segundo se referem a condições que dependem da vontade das partes — *et tunc aut in his quæ pendent à voluntate partium vel per eas immutari possunt*, ou se referem a condições que não dependem da vontade das partes, mas pura e exclusivamente da lei — *aut statutum disponit in his quæ non pendent à voluntate partium, sed a sola potestate legis*, isto é, divide as leis em supletivas e imperativas.

1.º) *Leis supletivas*. Neste ponto, é Dumoulin verdadeiramente inovador. Até êle, a doutrina era uniformemente no sentido de sujeitar os efeitos do acto jurídico à lei do lugar da sua celebração — *lex loci celebrationis*. Dumoulin proclama o princípio da *autonomia da vontade* e decide-se pela competência da *lei escolhida pelas partes*, quer expressa quer tácitamente.

(1) Lainé, ob cit., pág. 225 e seg.

Quando a vontade não seja expressa, deve procurar-se nas circunstâncias — *jus est in facili et verisimiliter mente contrahentium*, como o lugar do contrato, o domicílio das partes, e semelhantes. E assim aparece na ciência do direito internacional privado o *princípio da autonomia da vontade*, que as escolas posteriores haviam de aceitar ou criticar, e que ainda hoje é seguido pela maioria dos internacionalistas e informa a jurisprudência ou as leis dos diferentes Estados.

2.º) *Leis imperativas*. Estas leis, quando não respeitantes à forma dos actos ou do processo ou aos delitos, divide-as Dumoulin em estatutos reais e estatutos pessoais.

Para definir o estatuto real e o estatuto pessoal, empregou Dumoulin duas fórmulas. Na primeira fórmula, o estatuto real é aquele que *principaliter et directo concernit bona*, ao passo que o estatuto pessoal é aquele que *principaliter et primário et directo disponit in personas subjectas et in actum, non autem disponit in res et bona, nisi saltem in consequentiam*. Na segunda fórmula, posterior à primeira, lê-se: *Aut statutum agitur in rem, et semper inspicitur locus ubi res sita est; aut statutum agit in personam et tunc non includit exteros*. Fundindo as duas fórmulas, aparecem os dois estatutos na sua *incidência* e no seu *carácter*: O estatuto real refere-se principal e directamente às coisas, e é territorial, pois *semper inspicitur locus ubi res sita est*; o estatuto pessoal refere-se principal, primária e directamente às pessoas, e secundariamente às coisas, e é *exterritorial*, pois *non includit exteros*, e por isso se deve entender que os *estranjeiros* estão sujeitos à sua lei pessoal e que os *nacionais* estão sujeitos à sua lei pessoal ainda fora do país. Embora com muitas hesitações e restrições, fais eram, para Dumoulin, a incidência e o valor do estatuto pessoal.

Como é fácil de ver, Dumoulin segue fundamentalmente o sistema de Bártolo, enquanto procura determinar pela natureza das relações jurídicas a solução mais justa dos conflitos das leis, sendo a divisão dos estatutos em reais e pessoais um dos meios de encontrar essa solução. Contudo, o meio em que Dumoulin educou o seu espírito era diferente daquele em que se formou o de Bártolo, pois, enquanto em França eram fortes as influências feudais, eram estas menos acentuadas em Itália, e isto nos explica porque Dumoulin já obedeceu até certo ponto ao princípio da territorialidade dos estatutos, o que se nota na sua tendência para considerar territoriais todos os estatutos que de algum modo se referissem aos imóveis. E assim é que Dumoulin é o jurisconsulto estatutário da escola italiana que mais se aproxima da escola estatutária francesa do século XVI, a qual foi fortemente influenciada pelo princípio da territorialidade das leis (1).

(1) *Caroli Molinæ Opera*, Paris, 1681, tom III, pág. 557 e seg.

82 — II — *Escola estatutária francesa do século XVI*. Foi esta a escola de organização da teoria dos estatutos.

A organização teve por base o princípio da territorialidade das leis, e revestiu a forma da *classificação* dos estatutos em *estatutos reais* e *estatutos pessoais* (1).

Esta classificação dos estatutos, isto é, das leis, era feita sob o aspecto do *objecto das leis* e sob o aspecto da *extensão da aplicação das leis*.

Sob o aspecto do objecto das leis, chamaram-se *estatutos reais* os que tinham por objecto único, ou principal, a condição jurídica dos bens, sobretudo dos bens imóveis, e *estatutos pessoais* os que tinham por objecto único, ou principal, a condição jurídica das pessoas. Pode dizer-se, com rigor, que o estatuto real tipo era constituído pelas leis relativas ao *regime dos bens imóveis*, o que se traduzia no brocardo *immobilia reguntur lege loci*, e que o estatuto pessoal tipo era constituído pelas leis relativas ao *estado e capacidade das pessoas*.

Sob o aspecto da extensão da aplicação das leis, isto é, do seu *efeito*, o estatuto real era *territorial*, o que significa que o seu efeito se limitava ao território em que vigorava, não podendo ultrapassar as fronteiras do mesmo território; e o estatuto pessoal era *exterritorial*, identificando-se com as pessoas e acompanhando-as para fora do território. Para os jurisconsultos estatutários, o estatuto real era a lei da situação dos bens — *lex rei sitæ*, e o estatuto pessoal era a *lei do domicílio*, acompanhando esta lei as pessoas para fora do território da cidade, província ou Estado em que se encontrassem domiciliadas.

Sendo assim, vê-se qual fôsse o critério geral da escola para a resolução dos conflitos de leis. Se o conflito surgia entre estatutos reais, applicava-se a *lex rei sitæ* (2); se o conflito se levantava entre estatutos pessoais, applicava-se a lei do domicílio.

Para bem comprehendermos a escola na sua base e na forma da sua organização, estudá-la hemos no meio histórico em que apareceu e na obra do seu fundador.

a) *Meio histórico*. A escola francesa foi fundada pelo jurisconsulto da Bretanha D'Argentré (*Bertrandus Argentræus*), que viveu de 1519 a 1590, aparecendo assim num país de

(1) Lainé, ob. cit., II, pág. 24 e 25.

(2) Deve notar-se que era corrente entre os estatutários o princípio expresso pela fórmula *mobilia personam sequuntur*, o que equivalia praticamente a considerar os bens móveis sitos no domicílio do proprietário e a regê-los pela sua lei pessoal. Este princípio não era, porém, absoluto, como a seu tempo veremos, havendo muitos casos em que aos bens móveis, quando considerados individualmente, *uti singuli*, se applicava a lei da sua situação real (Vide Lainé, ob. cit., II, pág. 225 e seg.).

fortes tradições feudais e numa província que, se tinha perdido a sua autonomia política, conservava a sua autonomia legislativa.

O feudalismo foi, como já dissemos, um regime de fusão da soberania com a propriedade, sendo a posse da terra a base do poder político e a natural medida da extensão da força obrigatoria da lei, que é uma das formas da expressão da soberania. A feudalidade conduzia por isso naturalmente ao princípio da absoluta e estrita territorialidade das leis, no sentido de que a lei só obriga dentro do território em que se exerce o poder de quem a formula, mas aí obriga a *fodos*, quer sejam nacionais, quer sejam estrangeiros. E tal era a concepção que dominava ainda o direito francês no século XVI, à qual Loisel (1536-1617) deu esta fórmula célebre — *les coutumes sont réelles* (1). A fórmula significa que, no conflito de leis, os costumes, isto é. as leis locais, eram, em princípio, estrita e absolutamente territoriais.

Como regime político, o feudalismo cedera o passo à constituição da monarquia absoluta; esta, porém, deixara persistir o direito local, e o direito local conservava o exclusivismo territorialista do direito feudal.

Mas, se em França, no século XVI, ainda dominava o princípio feudal da territorialidade das leis, também aí se fazia sentir a doutrina da escola estatutária italiana, tanto por influência dos escritores e professores franceses que, tendo estudado nas universidades italianas, a divulgavam em França nos seus trabalhos ou a ensinavam nas escolas francesas, como pelo estudo das obras dos juristas italianos. De modo que, no meio em que a nova doutrina estatutária apareceu, actuavam dois princípios opostos, o princípio feudal da *territorialidade das leis*, que conduzia logicamente ao *exclusivismo* da lei local dentro do território para que essa lei fôsse promulgada, e o princípio de *justiça* da escola italiana, segundo a qual cada relação jurídica devia ser regulada pela lei mais justa segundo a natureza das coisas. A coexistência dos dois princípios atravessou, como nota Lainé, duas fases características, primeiro, uma fase de *aliança*, que é anterior a D'Argentré e em que se verifica o equilíbrio mais ou menos instável entre elles, e, depois, uma fase de *subordinação*, em que o princípio da realidade das leis passa a ocupar o primeiro lugar, dominando sobre o princípio da escola italiana. É esta ideia de subordinação que vai

(1) Loisel, *Institutes coutumières*, Paris, 1783, liv. II, tit. IV, regras 3.ª e 4.ª. Os costumes eram, em França o que os estatutos eram em Itália. Neste país, cada cidade tinha o seu estatuto; em França, cada província tinha o seu costume. Era, pois, aos conflitos entre os diversos costumes provinciais que os estatutários franceses referiam naturalmente o seu estudo dos conflitos de leis (Vide Laurent, ob. cit., n.º 275).

dominar a doutrina francesa, como ela aparece na obra de D'Argentré (1).

b) *Sistema de D'Argentré* (2). Começa D'Argentré (3) por declarar o seu rompimento com a escola italiana, representada por escritores escolásticos, tão fortemente embarçados no meio das suas distinções, das suas autoridades e dos seus textos romanos, que apareciam como *mestres incertos*, que deixavam os *leitores ainda mais incertos*, — *und fit ut incerti magistri incertiores lectores dimittant*.

A sua separação não era, porém, absoluta, pois aproveitaria da escola italiana as soluções já aceitas pela prática e pela jurisprudência. O rompimento era relativo ao princípio dominante e ao método de organização da doutrina.

O seu princípio foi a territorialidade das leis como regra, e o seu método foi a classificação de todas as leis em estatutos reais e em estatutos pessoais, representando os primeiros a aplicação do princípio da territorialidade e constituindo os segundos uma *excepção* ao mesmo princípio.

«Dai, escreve Lainé, um sistema novo e muito simples, formado destes dois termos: 1.º As leis são, em geral, estrita e absolutamente territoriais; todo o costume deve limitar-se ao seu território; todo o costume é soberano dentro dos limites do seu território. 2.º Excepcionalmente, algumas leis são relativas, isto é, não se referem senão a certas pessoas e são extratoriais, sendo applicáveis a estas pessoas mesmo fora do território. É uma distinção única substituída às numerosas

(1) Como se verá na seqüência do texto, a doutrina estatutária de D'Argentré baseou-se no princípio da territorialidade das leis e revestiu a forma da classificação de todas as leis em estatutos reais e pessoais, com predomínio do estatuto real, seguindo assim uma orientação muito diferente da doutrina estatutária italiana, que apenas se propunha determinar em cada caso a lei mais justa para regular as relações jurídicas, e para a qual a classificação dos estatutos em estatutos reais e pessoais apenas representava um elemento de determinação da lei que devia ser aplicada. As duas escolas não se sucederam, porém, bruscamente, sendo só no século XVIII, como veremos, que o sistema de D'Argentré conseguiu dominar a doutrina geral, e aparecendo, como *meio de transição* entre a teoria italiana e a teoria de D'Argentré, o sistema do jurista francês Guy Coquille (1525 a 1603), o qual, como D'Argentré, aceitou a classificação geral das leis em estatutos reais e estatutos pessoais, mas impugnou, contra este jurista, o princípio da absoluta territorialidade das leis, e ensinou que, para qualificar um estatuto de pessoal ou real, se devia atender à intenção de quem o tinha formulado, aproximando-se, sob esses dois pontos de vista, da orientação da escola italiana (Vide Lainé, ob. cit., pág. 297 e seg.; Laurent, ob. cit., pág. 408 e seg.).

(2) Lainé, ob. cit., pág. 310; Laurent, ob. cit., pág. 389; Von Bar, ob. cit., § 20; Anzilotti, *Corso di lezioni*, pág. 26; Catellani, ob. cit., pág. 442.

(3) D'Argentré expôs a sua doutrina numa dissertação intitulada *De statutis personalibus et realibus*, que se lê na obra *Bertrandi Argentei, Redonensis provinciae praesidis, Commentarii in patrias Bretonum leges seu Consuetudines generales antiquissimi Ducatus Britanniae*. Des donations, Art. CCXIII, glosa 6 (Edição de Paris, 1621).

divisões e subdivisões da doutrina italiana. E' a divisão dos estatutos em estatutos reais e estatutos pessoais».

«Mas, acrescenta o mesmo escritor, D'Argentré não se limita a dividir todas as leis em leis reais e leis pessoais. Quere que um dos ramos desta divisão esteja subordinado ao outro, como uma regra de excepção à regra principal. Julgou-se obrigado a admitir estatutos pessoais; era a parte da doutrina italiana, que nas últimas palavras do seu preâmbulo lhe parecia impor-se como recebida na prática e na jurisprudência. Mas, como os estatutos pessoais estão em contradição com a soberania dos costumes, entende que, embora eles tenham o seu lugar, êste deve ser muito modesto» (1).

Tais são as linhas gerais da doutrina de D'Argentré: a territorialidade como regra, a divisão das leis em reais e pessoais, a subordinação lógica do estatuto pessoal ao estatuto real.

O papel secundário que, no sistema, desempenha o estatuto pessoal aparece claramente na esfera de acção que aí se delimita a cada uma das espécies de estatutos.

Estatutos pessoais são apenas os que organizam uma *capacidade* ou uma *incapacidade geral*, deixando de o ser todos aqueles que estabelecem uma incapacidade particular para tal ou tal acto, e designadamente aqueles que estabelecem uma incapacidade relativa a bens imóveis.

Em harmonia com êste critério, são pessoais: o estatuto que fixa aos vinte anos na Bretanha e aos vinte e cinco anos em Paris a idade da maioridade e da capacidade civil; o que priva a mulher casada do poder de contratar e de se obrigar, e declara nulos os seus actos; o que fere de incapacidade as pessoas colocadas sob o poder de outrem; o que submete os filhos à autoridade paterna; o que se refere à legitimação (2).

Quanto aos *estatutos reais*, são assim considerados não só os que se referem directa e exclusivamente aos imóveis, e D'Argentré integra nessa categoria os que se referem à partilha da herança por cabeça, por estirpes ou por qualquer outro processo, os que regulam as diferentes espécies de doações e os que fixam a quota disponível, mas também os que têm simultaneamente em vista as pessoas e as coisas e que por isso são *estatutos mixtos* (3), os quais formam cinco categorias: 1.º os que, referindo-se aos imóveis, também atendem à condição das pessoas, como é, por exemplo, o que prescreve a igualdade na partilha dos bens nobres, quando os sucessíveis são plebeus; 2.º os que se referem às pessoas, mas em razão dos seus bens imóveis, como são os que estabelecem impostos; 3.º os que

(1) Ob. cit., pág. 316.

(2) Lainé, ob. cit., pág. 328.

(3) Como se vê, D'Argentré admite, além do estatuto real e do estatuto pessoal, o *estatuto mixto*, mas êste não passa de uma variante do estatuto real e de um meio de restringir a esfera de acção do estatuto pessoal.

regulam a capacidade das pessoas, tendo em vista a alienação dos imóveis, como o que proíbe à mulher casada legar os imóveis a seu marido, o que proíbe aos cônjuges doarem-se um ao outro bens imóveis durante o casamento, e o que proíbe ao menor alienar os seus imóveis; 4.º os que determinam o estado das pessoas, mas ao mesmo tempo e, como consequência, concedem direitos sobre os bens, como o que regula a legitimação, sempre que desta resulta direito a bens; 5.º os que modificam a capacidade das pessoas num ponto especial e quanto a um acto particular, sobretudo se ao mesmo tempo se trata da alienação dos imóveis.

Posta assim em relêvo a subordinação do estatuto pessoal ao estatuto real, o que aliás deriva de a territorialidade ser a regra e a exterritorialidade ser uma excepção, vejamos como D'Argentré fundamentava o seu sistema.

O princípio da territorialidade do estatuto real baseia-o na necessidade de defender o direito particular de cada uma das provincias que gozavam de autonomia legislativa, e na razão feudal da identificação da soberania com a posse da terra, chegando a afirmar que a pretensão de um legislador estender as suas leis para fora do seu território era uma verdadeira usurpação, uma espécie de roubo.

A exterritorialidade do estatuto pessoal, só contradizendo-se, D'Argentré pôde explicá-la. Essa explicação, segundo se infere da sua obra, encontra-se na natureza das coisas, sendo uma exigência da justiça, pois que é natural e é justo que a condição das pessoas, uma vez fixada pela lei do seu domicílio, deva manter-se em toda a parte. Esta explicação está, porém, em contradição com o princípio de que as leis são por si mesmas estritamente territoriais, pois, se assim fôsse, a sua aplicação exterritorial, em vez de justa, seria *injusta*. É semelhante contradição lógica tinha de desaparecer, ou mantendo-se o princípio e explicando-se a excepção, não por uma razão de justiça, mas por uma razão de interesse ou de cortesia, o que fez a escola estatutária holandesa do século XVII, ou pondo de lado o princípio e substituindo-o por outro que melhor pudesse presidir à resolução dos conflitos de leis, o que fizeram as escolas da comunidade de direito.

c) *Destino da escola francesa*. Foi vária a sorte da doutrina de D'Argentré no espaço e no tempo. Os meios científicos onde, na época do seu aparecimento, era cultivada a teoria dos conflitos de leis, eram a Itália, França, Bélgica, Holanda e Alemanha.

Os juriconsultos italianos conservaram-se fiéis à escola de Bártolo, ficando estranhos ao sistema de D'Argentré.

Em França, continuou a predominar a doutrina italiana até princípios do século XVIII, sendo pequena até então a influência da doutrina D'Argentré, a qual, mesmo quando aceita nessa época, o foi com modificações derivadas da escola italiana.

Diferente foi o seu sucesso na Bélgica e na Holanda. O meio era propício à sua adaptação, obteve aí imediatamente acolhimento favorável, assumiu mesmo um carácter mais nitidamente territorialista, até que, no último terço do século XVII, perdeu os últimos elementos que ainda conservava da escola italiana, e se transformou numa escola estatutária independente, a escola holandesa, de que vamos já falar.

Na Alemanha, a doutrina de D'Argentré só se tornou conhecida em meados do século XVII, e só obteve a plena adesão dos escritores nos fins do mesmo século. Até aí preponderou a doutrina italiana (*).

83—III—*Escola Holandesa* (*). O sistema de D'Argentré foi rapidamente assimilado pelos juriconsultos dos Países Baixos. Este sucesso rápido encontra a sua explicação nos sentimentos feudais e no sentimento de independência que animavam as províncias que constituíam esse Estado. E o meio foi favorável, não só à sua aceitação, mas até ao seu *desenvolvimento*, fornando-a mais acentuadamente territorialista, e por fim à sua *transformação* numa nova escola estatutária autónoma, a *escola holandesa*, constituída pelas doutrinas de Paulo Voet (1619-1677) (3), Ulrich Huber (1636-1694) (4) e João Voet (1647-1714) (5).

Como a escola francesa, a escola holandesa admitiu, além de estatutos meramente *reais* e de estatutos meramente *personais*, estatutos *mixtos*, mas fez do estatuto mixto um conceito diferente, identificando-o com as leis de forma dos actos jurídicos, reconhecendo competência à lei do lugar da celebração dos mesmos actos, pela aceitação do velho adágio *locus regit actum*.

Deve-se a Paulo Voet a nova concepção do estatuto mixto. A lei de forma era para êle um estatuto mixto, por participar simultaneamente do estatuto real e do estatuto pessoal: do estatuto real, emquanto a lei de forma de um lugar obrigava a todos que aí praticassem actos: e do estatuto pessoal, emquanto, uma vez observada na prática de um acto, se tornava extensiva aos bens situados em qualquer lugar. Numa formula expressiva, poderia traduzir-se a idea de Paulo Voet por estas palavras: a lei de forma ou estatuto mixto é de competência territorial e de efeito extraterritorial.

(1) Vide em Lainé, ob. cit., I, pág. 538 e seg., a indicação dos sucessores de D'Argentré nos diversos países.

(2) Vide: Lainé, ob. cit., II, pág. 95 e seg.; Laurent, ob. cit., pág. 422 e seg.; Catellani, ob. cit., pág. 450 e seg.; Weiss, *Traité*, III, pág. 33.

(3) *De Statutis*, Bruxelas 1713, e *Mobilium et immobilium natura* (Utrecht, 1714).

(4) *De conflictum legum diversarum in diversis imperiis*, estudo inserto no tom. III, liv. I, tit. III da obra *Praelectiones juris civilis*.

(5) *De Statutis*, dissertação que constitui a segunda parte do título IV do livro I do seu *Commentarius ad Pandectas* (Haia, 1784).

Ainda como a escola de D'Argentré, a escola holandesa estabelece como princípio fundamental o princípio da territorialidade das leis, mas, mais lógica do que D'Argentré, considera todos as leis como *juridicamente* territoriais. Considerado no seu rigor jurídico, o princípio é absoluto, não admite excepção alguma. Mas, se é este o rigor de direito, o *summum jus*, por interesse próprio ou por *cortesia* para com os outros Estados, pode o Estado reconhecer a aplicação extraterritorial do estatuto pessoal e a eficácia extraterritorial do estatuto mixto.

E assim, a escola holandesa determinou, com rigor, as bases lógicas da doutrina estatutária, como a concebera D'Argentré, as quais se resumem nestes dois princípios: o princípio da territorialidade das leis, fundado na soberania dos costumes; e o princípio da cortesia internacional — *comitas gentium*, que explica as excepções ao princípio da territorialidade.

A teoria da cortesia internacional, que foi esboçada por Paulo Voet, desenvolvida por João Voet e seguida por Huber, que constituiu o traço fundamental da doutrina holandesa, e lhe deu um lugar à parte na história das doutrinas estatutárias, foi também a teoria que definiu logicamente o verdadeiro alcance da aplicação extraterritorial das leis em face do princípio da absoluta territorialidade das mesmas leis. Em verdade, se a lei é por si mesma territorial, a sua aplicação extraterritorial não pode assentar na razão jurídica, mas apenas basear-se numa *concessão graciosa* dos Estados estrangeiros que consentem na sua aplicação.

Ainda a escola holandesa formulou o princípio de que devem ser considerados súditos de um Estado todos aqueles que se encontram dentro do seu território, quer aí se tenham fixado de modo definitivo, quer aí tenham apenas uma residência temporária. Este princípio foi formulado por Huber. Pelo que respeita à resolução dos conflitos de leis, este novo princípio não era mais que uma variante do princípio da territorialidade das leis, aliás também aceito por Huber, como aceitou o princípio da cortesia internacional.

A escola holandesa não exerceu influência apreciável na evolução doutrinária da teoria dos conflitos de leis na Europa continental. Apenas a escola estatutária francesa do século XVIII aproveitou o princípio da cortesia internacional como elemento de ampliação da extraterritorialidade das leis, como em breve veremos.

Foi, porém, intensa a sua influência na formação e modo de ser da teoria dos conflitos de leis da escola anglo-americana, de que adiante falaremos e cujas linhas fundamentais se informaram na doutrina holandesa.

84—IV—*Escola francesa do século XVIII* (1). Como dis-

(1) Vide: Lainé, ob. cit., I, pág. 415 e seg., e II, pág. 6 e seg.; Laurent, ob. cit., pág. 484 e seg.; Von Bar, ob. cit., § 20.^o; Weiss, *Traité*, III, pág. 40.

semos, só em princípios do século XVIII o sistema de d'Argentré conseguiu dominar a doutrina dos conflitos de leis em França. Não a dominou, porém, por completo, sofrendo modificações importantes, que, bem pode dizer-se, imprimiram à teoria dos estatutos a fisionomia de uma escola nova, a qual aproveitaria elementos de todas as outras escolas estatutárias, associando dados por vezes contraditórios, para corresponder às exigências do tempo, e revelando-se mesmo assim, e até por isso, insuficiente, e estabeleceria a *transição* para novas teorias, que, traçando ao problema dos conflitos de leis mais largos horizontes, formulassem princípios de maior justiça na sua resolução.

A nova escola é representada por três nomes — Froland (morto em 1746) ⁽¹⁾, Boullenois (1680-1762) ⁽²⁾ e Bouhier (1673-1746) ⁽³⁾, e é informada pelos princípios sobre que assentava o sistema de d'Argentré — a classificação dos estatutos em reais e pessoais, a territorialidade das leis como regra, e a ideia de justiça como base da exterritorialidade do estatuto pessoal.

Mas a classificação bipartida dos estatutos ou é abandonada, quando se trata de caracterizar certas leis em particular, ou é forçada e ampliada, para aí se enquadrarem leis que logicamente não podia abranger; o princípio da territorialidade *restringe-se* diante do desenvolvimento da ideia da exterritorialidade das leis; e à ideia de justiça como base da exterritorialidade das leis associa-se a ideia de cortesia internacional, como se as duas ideias não fossem heterogêneas e pudessem coordenar-se num sistema lógico de resolução dos conflitos de leis. Tudo isto se verifica na análise das doutrinas de Froland, Boullenois e Bouhier.

Em primeiro lugar, a divisão dos estatutos em reais e pessoais, aceita como princípio, foi ora *abandonada*, ora *ampliada*, ora *forçada*, para corresponder às exigências da razão jurídica.

Em verdade: a classificação umas vezes é abandonada, procurando, por exemplo, Froland determinar a lei reguladora do apanágio ou do direito de sucessão do cônjuge sobrevivente sem se preocupar de saber se tal lei era real ou pessoal; outras vezes é ampliada, com a admissão de estatutos mixtos, com a natureza de leis ao mesmo territoriais e exterritoriais, o que representava uma verdadeira impossibilidade lógica; e outras vezes é forçada, para aí incluir leis que só artificialmente podia abranger, bastando lembrar que Bouhier considerou estatutos pessoais as leis de forma.

⁽¹⁾ *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, 2 vol. (Paris, 1729).

⁽²⁾ *Dissertations sur les questions qui naissent de la contrariété des loix et des coutumes* (Paris, 1752) e *Traité de la personnalité et de la réalité des loix, coutumes et statuts* (Paris, 1766).

⁽³⁾ *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, nas *Oeuvres de jurisprudence de Bouhier* (Dijon, 1787).

O princípio da territorialidade das leis, que era o princípio basilar do sistema de d'Argentré, se foi primordialmente aceite por Froland, Boullenois e Bouhier, foi contraditoriamente abandonado por Bouhier, que sustentou por fim a doutrina de que, na dúvida sobre se um estatuto era real ou pessoal, devia ser considerado pessoal, e não obstando a que se produzisse o alargamento do estatuto pessoal a ponto de Lainé poder escrever: «A classe dos estatutos pessoais, tão restrita a princípio, no sistema de d'Argentré, foi aumentada, no século XVII, por certos autores holandeses ou belgas, e atingiu, por fim, quasi inteiramente, nas obras de Froland, Bouhier e Boullenois, a extensão que lhe assina a natureza das coisas» ⁽¹⁾.

Ainda a escola francesa do século XVIII *modifica* o sistema de d'Argentré no que respeita ao fundamento da exterritorialidade das leis.

D'Argentré limitava muito as excepções à territorialidade, mas, quando as admitia, fundava-as numa razão de justiça.

A escola holandesa, como dissemos, substituiu logicamente à ideia de justiça a ideia da cortesia internacional, como fundamento das excepções à territorialidade das leis. A escola francesa do século XVIII, como d'Argentré, fundou a exterritorialidade das leis nas exigências da razão e da justiça, mas, com o fim de promover o progresso dessa exterritorialidade, *associou* à ideia de justiça a ideia de cortesia, como mais um motivo para a justificar. A associação era impossível, pois a justiça é *necessidade* e a cortesia é *faculdade*, mas o espirito que impelia para essa associação era manifestamente a tendência de aproximar a extensão da exterritorialidade das leis das exigências da vida real, invocando-se ao mesmo tempo a justiça e a cortesia internacional para melhor justificar a aplicação das leis fora do Estado legislador.

Tal foi a escola francesa do século XVIII. Foi evidentemente numa *escola de transição*. A classificação das leis em reais e pessoais prevalece, como princípio, mas, em casos particulares, era abandonada, ampliada sem lógica ou forçada, para que os representantes da escola pudessem resolver todos os conflitos de leis que a sua época oferecia à observação jurídica; o princípio da territorialidade das leis continua a ser afirmado teoricamente, mas tem de ceder progressivamente diante do alargamento da categoria das leis pessoais, até que Bouhier chega, embora contradizendo-se, a considerar regra o princípio da personalidade; diante das ideias contraditórias da justiça e da cortesia internacional, a escola faz-se eclética e pretende associar essas ideias. Tudo isto é a revelação nítida de que o velho sistema estatutário está teoricamente envelhecido para corresponder às exigências da razão científica e para

⁽¹⁾ Ob. cit., II, pág. 77.

satisfazer as necessidades da vida real, de que só o sustenta a força da tradição, e de que só espera que um sistema novo, scientíficamente mais bem fundamentado e praticamente mais completo, o venha substituir ⁽¹⁾.

85 — A simples exposição da escola estatutária francesa do século XVIII contém a critica da teoria dos estatutos como ela foi organizada por D'Argentré e como foi fundamentada pela escola holandesa.

A critica da teoria tem de examiná-la nos seus fundamentos teóricos e no seu valor prático.

Encarada nos seus fundamentos teóricos, a teoria dos estatutos, na sua fórmula francesa do século XVI, assentava num principio há muito envelhecido e inadequado às novas condições de existência das sociedades — o principio feudal da territorialidade das leis, e numa contradição manifesta, emquanto baseava na justiça as excepções à territorialidade das leis. O principio feudal da territorialidade das leis era um principio envelhecido, pois ia de encontro ao vínculo pessoal existente entre o Estado e os seus súbditos que se encontram fora do território e que supõe, dentro de certos limites, a exterritorialidade das leis, e estava em contradição com a aceitação da idea de justiça como razão da exterritorialidade das leis, por isso que, se a lei é por essência territorial, a sua applicação exterritorial não podia logicamente fundar-se numa razão jurídica, sendo evidente que esta se confundia com a territorialidade.

A escola holandesa evitou a contradição, mas fê-lo propugnando o novo principio da cortesia internacional, que vinha firar todo o carácter obrigatório à exterritorialidade das leis, deixando-a ao arbitrio do Estado, segundo o conselho do seu interesse ou da sua benevolência, apoio inteiramente falível perante a necessidade das relações internacionais de carácter privado, que, sendo indispensáveis à vida dos povos civilizados, precisam de desenvolver-se sob a protecção do direito e não se encontram à mercê de uma benévola tolerância. Quere dizer, a escola holandesa levou às suas últimas consequências e por isso agravou o principio da territorialidade das leis.

A escola francesa do século XVIII, emquanto aceitava o sistema de D'Argentré, tinha os mesmos defeitos que este sistema e, emquanto procurou associar a idea de justiça com a idea de cortesia, para basear a applicação das leis estrangeiras, caiu numa nova contradição, a contradição dos ecléticos, que,

(1) No estudo que acabamos de fazer, seguimos quasi sempre o trabalho profundo de Lainé sobre a história da teoria dos estatutos. Quasi por completo impossibilitados de ler as obras dos jurisconsultos estatutários, tivemos de nos socorrer das investigações do eminente escritor francês, cuja obra goza no mundo scientifico da maior autoridade.

sem critério independente, procuram harmonizar critérios inconciliáveis.

A escola italiana, não baseando os seus trabalhos sobre o principio da territorialidade das leis e fundando a sua exterritorialidade num principio de justiça, fica naturalmente ao abrigo das criticas formuladas às escolas que lhe succederam. Faltava-lhe, porém, um critério seguro de orientação, dominando-a apenas uma *intuição de justiça* na determinação das leis que deviam limitar o seu alcance ao território ou applicar-se fora deste. Pode dizer-se, contudo, que a escola italiana *esboçou* elementos que doutrinas muito posteriores viriam desenvolver e esclarecer, para os integrar num sistema verdadeiramente scientifico acerca da resolução dos conflitos de leis. Foram esses elementos a primeira intuição da *comunidade de direito*, pela applicação a cada relação jurídica da lei indicada pela *natureza das coisas*, o que equivale a dizer pela *natureza das relações jurídicas*. Esses elementos appareceram dignificados no sistema de Savigny, em torno do qual tem girado toda a renovação scientifica da teoria dos conflitos de leis.

Praticamente, a teoria dos estatutos, na sua fórmula francesa e holandesa, revelou-se, como nota Despagnet ⁽¹⁾, «vaga, insufficiente e demasiadamente absoluta». Vaga, pois, pela simples referência de um estatuto às pessoas ou às coisas, era difficil afirmar se esse estatuto era pessoal ou real, já que é raro que o legislador não fale ao mesmo tempo dos bens e das pessoas, tornando-se temerário procurar a sua intenção para saber se o objecto principal da disposição são as pessoas ou os bens e ficando, porisso, aberto largo campo ao arbitrio na solução dos conflitos de leis. Insufficiente, pois há relações jurídicas complexas que apresentam pontos de contacto com várias legislações e cuja lei reguladora não pode determinar-se com a simples distincção entre estatutos pessoais e estatutos reais, declarando os primeiros exterritoriais e territoriais os segundos. Torna-se necessário um sistema de principios que atenda a todos os elementos da relação jurídica, para conduzir a uma solução justa, como acontece, por exemplo, com um contrato, onde é indispensável atender à capacidade das partes, aos efeitos da convenção, e às formalidades externas, pois pode a justiça exigir que se applique a cada um desses elementos uma legislação diferente. Por fim, demasiadamente absoluta, pois integrava nos dois estatutos pessoal e real disposições que não se referem immediatamente às pessoas ou aos bens, como são as disposições respeitantes à forma externa dos actos e à interpretação dos contratos, que rigorosamente deviam ficar fora da classificação. É a verdade de tudo isto revela-se claramente na *tortura* por que passou a classificação dos estatutos, para a

(1) Ob. cit., n.º 93.

adaptar às exigências práticas, como verificamos na análise da escola francesa do século XVIII.

Na escola italiana, embora menos intenso, também apparecera o mesmo defeito, pois também lá appareceu a distincção dos estatutos em reais e pessoais, se bem que como um dos elementos de determinação da lei competente e sem carácter absoluto. Além de que, faltando a essa escola um critério seguro de orientação, a prática perdia-se num labirinto empirico de distincções e subdistincções, textos romanos e citações de autores, o que necessariamente produzia a confusão na resolução dos conflitos de leis, como aliás é fatal quando a prática do direito não tem a guilá-la princípios certos de sciência jurídica.

Abalada nos seus fundamentos teóricos e condenada pelos seus resultados práticos, devia naturalmente a teoria dos estatutos ser substituída por novos princípios doutrinários que melhor correspondessem às exigências do espirito scientifico e melhor satisfizessem as necessidades práticas.

86—Se bem que, pelo envelhecimento dos seus princípios ou pela insufficiéncia dos seus critérios práticos, a teoria dos estatutos tivesse o natural destino evolutivo de ser substituída por teorias progressivas que fôsem mais firmes nos seus fundamentos e mais seguras nas suas applicações, a sua elaboração doutrinária de cinco séculos sobre o facto real dos conflitos de leis foi de inesimável valor para a formação e progressos da sciéncia do direito internacional privado, deixando resultados, que a verdade histórica manda registrar. Esses resultados, que as escolas novas receberam a beneficio de inventário, mas que lhes trouxeram valiosa riqueza scientifica, revelam-se sob três pontos de vista.

Em primeiro lugar, a teoria dos estatutos não só deu foros de sciéncia ao direito internacional privado, mas *fixou* a solução de muitas questões das mais importantes em matéria de conflitos de leis. E assim, deixou regras definitivas: a) sobre a lei reguladora do estado e capacidade das pessoas, attribuindo competência à lei pessoal, discutindo-se ainda se a lei pessoal deve ser a da nacionalidade ou a do domicilio, mas já se não discutindo que aqueles factos dependem da lei pessoal; b) sobre a lei reguladora do regime dos bens imóveis, definindo a competência da *lex rei sitae*; c) sobre a lei reguladora da forma externa dos actos, formulando o adágio *locus regit actum*, isto é, aceitando a competência da lei do lugar da celebração; d) sobre a lei reguladora dos efeitos voluntários dos actos jurídicos, afirmando, por obra de Dumoulin, o princípio da autonomia da vontade e reconhecendo competência à lei escolhida pelos agentes dos mesmos actos; e) e sobre a forma do processo, decidindo-se pela competência da *lex fori*.

Em segundo lugar, agitou e discutiu a maior parte das questões que constituem o objecto do problema dos conflitos

de leis. Recordaremos, por exemplo, a questão da lei reguladora do regime de bens no casamento, que foi entre os estatutários a famosissima *quaestio*, sobre a qual se gastaram rios de tinta, e a questão da lei reguladora das successões, sobre a qual formulou as duas soluções da competência da lei pessoal do autor da herança e da competência da lei da situação dos bens, em volta dos quais têm andado e ainda andam a doutrina e o direito positivo.

Por fim, a escola italiana e a escola francesa legaram às escolas modernas o conceito de justiça na applicação das leis estrangeiras e esse conceito conduzia naturalmente ao conceito fecundo da comunidade de direito, sobre que as mesmas escolas assentam a sua doutrina (1).

87—Num livro de combate e de critica por vezes inclemente, tentou Vareilles-Sommières mostrar a insufficiéncia e a falta de originalidade das doutrinas modernas sobre a resolução dos conflitos de leis, assim como restaurar a teoria dos estatutos, que, a seu ver, tinha sido aceita pelas teorias posteriores no que elas apresentam de verdadeiro e aceitável (2); podendo a sua doutrina denominar-se *teoria neo-estatutária*.

Reduz o autor a teoria estatutária aos seis seguintes princípios:

1.º As leis de um Estado regem uniformemente a conduta de todas as pessoas, nacionais ou estrangeiras, que se encontrem dentro do território do mesmo Estado.

2.º Em geral, as leis de um Estado não regem, fora do território deste Estado, a conduta de qualquer pessoa, seja nacional ou estrangeira.

3.º As leis sobre o estado e capacidade acompanham as pessoas e devem ser-lhes applicáveis em toda a parte.

4.º Os bens móveis são regidos pela lei do domicilio do proprietário, sob o ponto de vista dos direitos de successão e sob o ponto de vista do direito de preferéncia.

5.º As leis suppletivas ou interpretativas de um Estado não se applicam aos actos realizados no seu território quando as partes manifestem, expressa ou faticamente, a intenção de adoptar as leis de outro Estado.

6.º A forma externa dos actos é regulada pela lei do lugar da sua celebração.

Só os dois primeiros são propriamente, como o autor confessa, verdadeiros princípios, isto é, regras gerais. Os demais são excepções aos dois primeiros ou excepções às excepções, embora bastante importantes para se poderem formular como princípios.

(1) Vide: Laurent, ob. cit., pág. 697 e seg.; Lainé, ob. cit., pág. 24 e seg.

(2) *La synthèse du droit international privé* (Paris, Pichon, Successeur).

Os dois princípios fundamentais representam a dupla manifestação da ideia da territorialidade das leis, a qual se traduz na proposição de que as leis obrigam universalmente dentro do território do Estado e deixam de ser obrigatórias fora do mesmo território.

O primeiro princípio justifica-o Vareilles-Sommières dizendo que o Estado *pode*, e até *deve*, impor legitimamente as suas leis a todos os que se encontrem no território, pois que os estrangeiros, que entram no território do Estado, fazem parte, embora momentaneamente, da sociedade civil aí existente, se bem que não deixem de ser membros da sociedade civil a que pertenciam exclusivamente até aí, e, sendo membros da sociedade local, devem sujeitar-se a todas as condições desta sociedade e obedecer a todas as leis que a regem, e acrescentando que o Estado *quere* efectivamente impor as suas leis aos estrangeiros, pois a verdade é que o Estado ou estabelece regras gerais aplicáveis a nacionais e estrangeiros, ou, quando admite a aplicação de leis estrangeiras, tornam-se estas parte integrante da legislação que as tolera. Assim justificado o princípio, determina o autor o seu alcance, e é que os actos celebrados num Estado em harmonia com as suas leis devem ser válidos em relação a todos os outros Estados, assim como quando nulos, por contrários a essas leis, nulos devem ser considerados em toda a parte.

O segundo princípio apoia-o Vareilles-Sommières no duplo motivo de que o Estado não pode executar as suas leis contra os nacionais que se encontrem dentro do território de outros Estados, porque a isso se opõe o princípio da independência mútua dos Estados, e de que, embora o direito internacional público não obste a que um Estado torne as suas leis obrigatórias para os seus nacionais que se encontrem em país estrangeiro e os sujeite quando voltem ao país às consequências do não cumprimento dessas leis, como acontece designadamente em matéria de estado e capacidade, em geral não deve o Estado proceder por essa forma e, na dúvida, não deve crer-se que assim o quisesse fazer, já porque ordinariamente o Estado se desinteressa por completo dos actos que os seus nacionais praticam no estrangeiro, já porque seria impossível em muitos casos aos seus súbditos conformarem-se com as leis nacionais, já porque a maior parte das leis têm a sua razão de ser nas circunstâncias geográficas ou sociais e portanto são impróprias para meios diferentes daqueles em que foram promulgadas.

Tentou assim Vareilles-Sommières defender com razões novas a teoria dos estatutos e reabilitá-la como a verdadeira doutrina de resolução dos conflitos de leis. Parece, porém, que semelhantes razões não têm a força suficiente para operar a ressurreição da teoria já abandonada pela generalidade dos escritores.

A afirmação de que o Estado pode e deve aplicar aos

estrangeiros as suas leis, porque os estrangeiros que entram no território se tornam membros da sociedade civil local, sem deixarem de pertencer à sociedade constituída pelo Estado de origem, poderia significar que o indivíduo pode ter duas nacionalidades, o que é decididamente contrário à teoria da nacionalidade como elemento de diferenciação entre nacionais e estrangeiros e como meio de ligação entre o indivíduo e um determinado Estado e em harmonia com a qual os Estados modernos, dada a sua independência e solidariedade, devem considerar os súbditos dos outros Estados como pessoas estrangeiras, para o efeito de não estorvarem o cumprimento dos seus deveres para com o Estado de origem e para reconhecerem as suas leis quando estas sejam as mais adequadas para tornar justo o regime jurídico das relações internacionais. Semelhante afirmação não passa do exagêro de uma ideia justa, e é que os estrangeiros devem subordinar-se a um certo número de leis do Estado local, que são aquelas que organizam a ordem pública local e que obrigam igualmente nacionais e estrangeiros.

Não é mais procedente a afirmação de que o Estado *quere* que as suas leis se apliquem tanto a nacionais como a estrangeiros, por as mais das vezes as formular de um modo genérico e por isso tanto para nacionais como para estrangeiros e, quando tolera as leis estrangeiras, estas se integram na legislação nacional. A verdade é que os Estados admitem muitas vezes, expressa ou tácitamente, as leis estrangeiras, e que embora, em regra, o façam por iniciativa própria, a sua vontade é determinada pelas exigências da vida internacional, pelo respeito da autonomia dos outros Estados e pela convicção de que a territorialidade das leis é incompatível com as exigências da comunidade internacional. As leis estrangeiras integram-se no sistema jurídico nacional no sentido de participarem da sua força obrigatória, mas quem as faz e modifica são os legisladores dos outros Estados, porque são eles os reconhecidos como competentes para organizar as leis de protecção dos seus nacionais ou dos domiciliados no país.

O que resta do primeiro princípio é o valor internacional dos actos praticados num país em harmonia com as suas leis, embora deva acrescentar-se que isto só poderá suceder quando essas leis sejam as competentes para os regular e que os efeitos dos actos não poderão produzir-se nos países em que sejam contrários às leis de ordem pública internacional.

O segundo princípio, é o próprio Vareilles-Sommières que o modifica, se o não destrói, afirmando, por uma parte, que o direito internacional público se não opõe a que o Estado imponha as suas leis aos nacionais que estão no estrangeiro, e admitindo, por outra parte, leis exterritoriais, como são as leis relativas ao estado e à capacidade. Há certamente contradição em afirmar que as leis só obrigam dentro do território do Estado e depois admitir leis de eficácia exterritorial. É em certo modo

exterritorializar a territorialidade. Além de que, os fundamentos aduzidos em apoio de tal principio são pouco convincentes. Não se pode dizer que o Estado se desinteressasse ordinariamente pelos actos que os seus nacionais praticam no estrangeiro, pois, para mostrar o contrário, aí estão os tratados em que se regula a situação dos nacionais em país estrangeiro, bem como os consulados que sob tantos aspectos revelam o interesse do Estado pelos seus nacionais ainda fora do país e facilitam a aplicação das leis fora do seu território. Depois, se as leis variam com os meios geográficos e sociais, é muito natural que às pessoas que nasceram e se desenvolveram num determinado meio sociológico se apliquem as leis formuladas em harmonia com as circunstâncias dêsse meio, pois serão naturalmente as mais próprias para regular o exercício da sua actividade. É exactamente nesse fundamento que muitos escritores baseiam a exterritorialidade das leis de estado e capacidade.

Embora uma tentativa interessante de restauração da teoria dos estatutos, não parece, pois, a doutrina de Vareilles-Sommieres destinada a fazer voltar os espiritos à orientação científica dos jurisconsultos estatutários (1).

88 — Dentro do quadro geral das doutrinas estatutárias ainda incluiremos a *doutrina anglo-americana* (2), que consideramos uma doutrina *quasi-estatutária*.

As condições especiais que presidiram à formação do direito inglês — o seu desenvolvimento fora da acção do direito romano e a decidida influência que o feudalismo exerceu sobre a sua constituição —, assim como imprimiram a este direito uma fisionomia característica, que tantas vezes o distingue do direito continental, assim também fizeram com que o sistema jurídico inglês se conservasse por muito tempo alheio ao movimento doutrinário que, a partir do século XIII, vinha constituindo no continente o direito internacional privado.

Em verdade, parece averiguado que, até meados do século XVIII, os tribunais ingleses apenas applicavam as leis inglesas às questões que hoje chamamos de conflitos de leis. Reinava assim o principio da absoluta territorialidade das leis, que era o corolário lógico da preponderância das influências feudais na organização da vida jurídica (3).

Contudo, a partir de 1753, começam a aparecer vestígios da aplicação das leis estrangeiras pelos tribunais eclesiásticos e

(1) Vide Pillet, *Principes*, n.ºs 54 e 55.

(2) Vide: Laurent, ob. cit., pág. 542 e seg.; Von Bar, ob. cit., pág. 45 e 60; Coteliani, ob. cit., pág. 450; Meili, ob. cit., § 50.º; Anzilotti, ob. cit., pág. 51.

(3) Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, III, pág. 61; Lainé, em *Clunet*, 1896, pág. 486; Meili, ob. cit., § 50.º, nota 2.

pelos tribunais do almirantado e, ao mesmo tempo, os juristas ingleses procuram organizar um sistema de regras de conflitos de leis (1). Era a doutrina continental que começava a influenciar a doutrina inglesa.

Devido certamente à união política entre a Inglaterra e a Holanda no tempo de Guilherme III, ao facto de muitos juristas ingleses irem completar a sua educação na Holanda e, sem dúvida, à circunstância de a doutrina estatutária holandesa ser a que melhor condizia com o modo de ser territorialista do direito inglês, foi a escola estatutária holandesa que os jurisconsultos ingleses assimilaram na organização do seu sistema de regras de conflitos de leis.

Seria, porém, um erro, como nota Westlake (2), acreditar que o sistema holandês foi assimilado pelo direito inglês como êle fora organizado pelos seus autores.

O sistema era constituído, como dissemos, pela combinação dos três estatutos — *real*, *pessoal* e *mixto*, compreendendo este a lei reguladora da forma externa dos actos, e era baseado nos dois principios da territorialidade das leis, e da cortesia internacional como fundamento da aplicação das leis estrangeiras.

A concepção do *estatuto real* harmonizava-se, como diz aquele autor, com a importância atribuída à propriedade da terra, e por isso tal concepção foi facilmente aceita e largamente applicada em Inglaterra.

O mesmo não aconteceu já com o *estatuto pessoal*. A aceitação da sua exterritorialidade encontrou resistência. Esta resistência adveio, segundo Westlake, da circunstância de, diferentemente do direito romano e do direito dêle derivado, o direito inglês não admitir um laço mais ou menos duradouro entre o juiz e o réu, laço determinado pelo *domicílio* dêste, o que, no direito continental, conduziu à applicação da lei do domicílio como lei pessoal, e antes derivar a competência do tribunal da presença do réu na circunscrição do juiz (3).

Mas a explicação está porventura também, se não principalmente, em a concepção do estatuto pessoal ir de encontro ao tão arreigado principio da territorialidade das leis (4).

Foi igualmente com dificuldade que o direito inglês assimilou o *estatuto mixto*. As razões são assim expostas por Westlake: « Quanto à regra da *lex loci actus* para a forma dos actos, não só estava em contradição com as considerações que fizemos relativamente aos imóveis, mas uma outra razão impedia que ela fosse realmente admitida. A instituição dos notários caiu cedo em desuso e os contrafos (*deeds*) e os tes-

(1) Meili, ob. cit., log. cit.

(2) *International private law*, trad. de Goulé, pág. 12.

(3) Ob. cit., pág. 7 e 15.

(4) Anzilotti, ob. cit., pág. 52.

tamentos eram realizados sob a forma particular e tinham toda a protecção legal que as partes desejassem. Só difficilmente, pois, um jurista inglês poderia conceber que a necessidade de um official público, que naturalmente seguiria a forma da lei do seu país, tivesse como efeito tornar indispensável a forma do *locus actus*. Foi somente em 1861 que, em virtude do Lord Kingsdown's Act, a *lex loci actus* foi admitida em Inglaterra para proteger a validade formal de um testamento » (1).

Foi, pois, de modo incompleto que a doutrina inglesa e, com ela, a doutrina americana, assimilou os três estatutos da doutrina holandesa.

E, até onde os tribunais e os antigos jurisconsultos ingleses e americanos aceitaram a exterritorialidade das leis, parecem tê-la baseado na *comitas gentium* ou cortesia internacional, sendo frequente encontrar, naqueles escritores, a referência à *comity of nations* para justificar a aplicação ou o respeito das leis estrangeiras (2).

Sendo assim, compreende-se que a doutrina anglo-americana apparecesse com os seguintes caracteres, traçados por Meili: a) uma larga aplicação da *lex rei sitæ*, applicando-a não só ao regime dos imóveis, o que é justo, mas mesmo à capacidade para adquirir ou alienar bens imóveis, à tutela quanto à administração destes bens, e à successão nos mesmos bens; b) a aceitação do principio de Hugo Grócio — *qui in loco aliquo contrahit tamquam subditus temporarius legibus loci subijcitur*, o qual conduziu à applicação da lei do lugar do contrato tanto à sua substância e efeitos como à capacidade de contratar; c) a aceitação da doutrina da cortesia internacional, para basear a applicação das leis estrangeiras.

Deve, porém, dizer-se que, se foi esta a feição da doutrina anglo-americana segundo os seus mais antigos representantes, como Story (3) e Burge (4), a doutrina tem evoluído no sentido de alargar a applicação das leis estrangeiras e de fundar essa applicação num principio de justiça. E assim é que, analysando essa doutrina como ela apparece nos escritores mais modernos, como Phillimore (5), Westlake (6), Beach Lawrence (7), Dicey (8) e Wharton (9), se nota uma clara influencia dos sistemas continentais, sobretudo do sistema de Savigny, e se observa

(1) Ob. cit., pág. 13.

(2) Laurent, ob. cit., pág. 573 e seg.; Meili, ob. e log. cit.

(3) *Commentaries on the conflict of laws* (1834).

(4) *Commentaries on colonial and foreign laws generally and in their conflict with each other and with the law of England* (1838).

(5) *International law*, 8.ª ed., IV, London, 1885.

(6) *Private international law*, 5.ª ed., London, 1913.

(7) Ob. cit.

(8) *Le statut personnel anglais*, trad. de Stocquart, Paris, 1887; *Conflict of laws*, 2.ª ed., London, 1908.

(9) *A treatise on the conflict of laws*, 5.ª ed., Rochester, 1905.

que, embora lentamente, a mesma doutrina se vai desprendendo dos velhos elementos estatutários, para se aproximar das doutrinas da comunidade de direito.

A doutrina anglo-americana conserva, porém, sempre o seu carácter especial, tem principios próprios, e, por isso, é indispensável ter em conta esses principios quando se estude qualquer questão que possa pôr em jogo os principios de direito internacional privado vigentes na Inglaterra ou na América.

89 — O pensamento jurídico português tem reflectido, com maior ou menor intensidade, o movimento doutrinal que na Europa tem procurado resolver o problema dos conflitos de leis.

Neste momento, indicaremos alguns escritores cujas obras traduzem a influencia das doutrinas estatutárias.

Entre os escritores mais antigos, destaca-se Alvaro Valasco, que, em três consultas dignas de estudo (1), sobre o regime de bens no casamento, sobre a forma do testamento, sobre a capacidade de testar e sobre as disposições testamentárias, seguiu claramente a escola estatutária italiana, citando constantemente Bártolo e Baldo, dois representantes dessa escola. E assim foi que, quanto ao regime de bens, considerou competente a lei do país do marido, quanto à forma do testamento, o principio *locus regit actum*, quanto à capacidade de testar, a lei do país do testador, e quanto às disposições testamentárias, em geral, a lei do país do testador, applicando, porém, aos bens situados fora desse país a *lex rei sitæ*. Importa notar que Valasco não discutiu, pois no seu tempo ainda se não discutia, a preferéncia entre a lei do domicilio e a lei da nacionalidade, falando em *lex patriæ* no sentido em que os estatutários falavam em lei do domicilio, por isso que os conflitos de leis se lhe apresentavam entre a lei portugueza e a lei de outro país, isto é, entre leis de dois países, e não entre leis de duas cidades como aconteceu com os estatutários da escola italiana. Em todo o caso, não deixa de ser interessante frisar, desde já, um facto que adiante poremos em relêvo, qual é o de a *lei pessoal*, que para os estatutários era a *lei do domicilio*, tender, historicamente, a assumir a forma de *lei nacional*, quando os conflitos de leis começaram a ser principalmente entre leis de diferentes países.

Mas se, em Valasco, se sente a influencia da escola estatutária italiana, em alguns escritores mais recentes, como Mello Freire, Borges Carneiro, Liz Teixeira e Coelho da Rocha, sente-se a influencia das doutrinas estatutárias posteriores.

Mello Freire formulou o principio de que os estrangeiros, enquanto estivessem em Portugal, eram *súbditos territoriais* e se encontravam sujeitos às leis e às autoridades portuguezas —

(1) Alvari Valasci, *Opera omnia*, Colonix Allobrogum, 1735, tomo II. *Consultationes* n.ºs 138, 175 e 182.

li vero territoriales omnino subditi sunt, et civitatis nostrae legibus, et imperio subjecti, dum eadem commorantur (1), isto é, o princípio da territorialidade das leis. Semelhante princípio faz lembrar claramente o princípio formulado pelo estatutário da escola holandesa Huber, segundo o qual devem ser considerados como súbditos de um Estado todos aqueles que se encontram nos limites do seu território, quer aí se tenham fixado de modo definitivo, quer aí estejam apenas temporariamente (2).

Nenhuma excepção faz Mello Freire ao seu princípio, e por isso parece ter admitido o princípio da absoluta territorialidade das leis, o que seria um exagero para o seu tempo.

Borges Carneiro, embora aceitasse o princípio enunciado por Mello Freire de que os estrangeiros, enquanto vivessem em Portugal, estavam sujeitos às leis, Governo e autoridades portuguesas, e daí inferisse a consequência de que os *negócios* que ocorressem em Portugal entre estrangeiros ou entre estrangeiros e portugueses, como testamentos, contratos, etc., *se faziam* segundo as leis portuguesas, excepto quanto aos bens situados em outro país, e de que, reciprocamente, o português que contratasse em país estrangeiro se devia conformar com as leis desse reino, já referia a opinião de Valasco no sentido de que o português que fizesse testamento em país estrangeiro devia observar a lei portuguesa quanto às disposições testamentárias, como a instituição de herdeiros, legítima dos filhos, etc., e ensinava que os bens de estrangeiros, por sua morte, se devolviam aos que fossem seus herdeiros segundo a lei do seu país, salvo quanto aos bens de raiz, que seguiriam as leis do país onde estivessem situados (3).

Borges Carneiro admite, pois, excepções ao princípio da territorialidade, parecendo basear essas excepções num princípio de justiça (4), pelo que a sua doutrina deverá porventura aproximar-se da doutrina de D'Argentré.

Liz Teixeira seguiu o princípio de que, enquanto residissem em Portugal, estavam os estrangeiros sujeitos às leis portuguesas relativamente aos negócios realizados em Portugal e relativas a bens sitos neste país, como contratos e testamentos, apenas com excepção das *leis pessoais, reais e mixtas* da sua pátria, quanto a bens que nela tivessem situação (5). Esta doutrina aproxima-se da de Mello Freire, pois apenas subtrai ao império da lei portuguesa os actos relativos a bens sitos em país estrangeiro.

(1) *Institutiones juris civilis lusitani*, L. II, tit. II, § 11.º

(2) Vide Lainé, ob. cit., II, pág. 107.

(3) *Direito civil de Portugal*, I, § 27, n.ºs 1, 2, 4, 5, 7 e 9.

(4) Ob. cit., pág. 84, nota (a).

(5) *Curso de direito civil portuguez*, primeira parte, Coimbra, 1845, pág. 152.

Coelho da Rocha dedicou aos conflitos de leis o § 31.º das suas *Instituições*, assim redigido: «Emquanto ao objecto sobre que versam imediatamente, as leis ou são *reais* ou *pessoais*. Dizem-se *reais* aquelas que se occupam das coisas, abstraindo de quem as possui, como as que regulam a propriedade, a transmissão dos bens, as servidões e as hipotecas: *pessoais*, aquelas que fixam o estado e condições das pessoas, como as que versam sobre os matrimónios, poder paternal, filiação, menoridade, etc. As primeiras obrigam todos aqueles que possuem bens de raiz no território onde elas regem, enquanto a esses bens, ainda que sejam estrangeiros. As segundas obrigam somente os cidadãos da nação respectiva, ainda mesmo em país estrangeiro (Cód. civ. fr., art. 3.º). Esta classificação das leis serve sobretudo para determinar a quais estão sujeitos os estrangeiros e a quais os nacionais».

A doutrina de Coelho da Rocha, que é claramente uma doutrina estatutária, enquanto classifica as leis em *pessoais e reais*, é já muito mais nítida do que a dos seus precededores e já emancipada do princípio da territorialidade das leis, nem sequer referindo o princípio aceito por Mello Freire, B. Carneiro e Liz Teixeira. E porque já escreveu sob a influência do Código civil francês, considerou como lei pessoal a lei nacional, que havia de ser consagrada mais tarde pela generalidade da doutrina. Deve por isso filiar-se a doutrina de Coelho da Rocha na doutrina estatutária que estabeleceu a transição para as doutrinas da comunidade de direito.

Para terminar esta ligeira referência à influência das teorias estatutárias sobre os escritores portugueses, ainda devemos lembrar a *doutrina neo-estatutária* seguida pelo dr. José Tavares. Este professor, passando em revista as diversas teorias formuladas para determinar a lei aplicável às diferentes relações jurídicas e achando-as a todas insuficientes, formulou do modo seguinte o que elle considera os verdadeiros princípios: 1.º As leis de cada Estado são principalmente *territoriais*; 2.º Mas é certo que elas são destinadas a garantir os direitos e obrigações da *pessoa* dos seus cidadãos e, por consequência, são também essencialmente *pessoais*; 3.º Sendo as leis de cada país simultaneamente de carácter territorial e pessoal, ambos estes elementos devem ser respeitados nas relações jurídicas internacionais; 4.º E portanto, *modificando a teoria dos estatutos* no sentido de definir os seus termos, não pelo objecto da relação jurídica (pessoas ou coisas), mas sim pela lei aplicável, e desdobrando os termos do estatuto pessoal, esta teoria, sob uma nova forma, *pode ser restaurada* no sentido de ser toda a relação jurídica internacional regulada necessariamente pela lei pessoal ou pela lei territorial; 5.º O *estatuto pessoal* será a lei nacional, a do domicílio ou a da vontade legítima das partes, conforme a natureza particular da relação jurídica; 6.º E finalmente, o critério do legislador na fixação da lei reguladora

das diversas relações jurídicas internacionais será o mesmo da formação das leis em geral, combinado com o princípio fundamental de que cada Estado deve harmonizar as suas condições de vida com a de todos os outros, respeitando a legislação dêles nas relações internacionais, até onde o permitirem as suas próprias condições de vida e os direitos dos seus próprios cidadãos mais fundamentados que os correspondentes dos estrangeiros (1).

Estes princípios não foram devidamente esclarecidos pelo seu autor, como precisavam, para poderem restaurar, modernizando-a, a teoria dos estatutos. Em verdade, não se compreende bem que, sendo as leis de um país *principalmente* territoriais, possam ser, ao mesmo tempo, *essencialmente* pessoais, para a umas relações jurídicas se aplicar a *lei pessoal* e a outras a *lei territorial*. Parece-nos que não pode ser. O problema tem de ser resolvido marcando a cada lei a sua competência, sendo umas de *competência pessoal* e outras de *competência territorial*, mas tendo de ser uma coisa ou outra. Uma coisa e outra não podem ser evidentemente. Demais, o critério da natureza das relações jurídicas, como critério de determinação da aplicabilidade das leis, é, segundo veremos em breve, o critério formulado por Savigny para realizar o princípio da comunidade de direito, princípio que o dr. José Tavares tanto impugnou.

(1) *Das sociedades comerciais* (Dissertação de concurso), Coimbra, 1899, pág. 126

Doutrinas da comunidade de direito

SUMÁRIO. 90—Orientação geral: I—Princípio da comunidade de direito. 91—II. A idéa de justiça como fundamento da aplicação das leis estrangeiras. 92—Determinação geral dos sistemas doutrinários que se integram nas doutrinas da comunidade de direito. 93—Sistema de Savigny: I—Princípios de realização da comunidade de direito. 94—II. Organização do sistema pela aplicação desses princípios. 95—III. Limites da comunidade de direito. 96—IV. Valor e influência do sistema. 97—Escola italiana fundada por Mancini. I—Base doutrinária. 98—II. Princípios de organização. 99—III. Forma de organização. 100.—Inovações e influência. 101—Sistema de Antoine Pillet. I—Princípios. 102—II. Organização. 103—III. Comparação com as doutrinas anteriores—Inovações. 104—Conclusões gerais. 105—As doutrinas da comunidade de direito em Portugal

90—Segundo a teoria estatutária francesa, a territorialidade das leis era a *regra*, estando por isso as relações jurídicas sujeitas *em princípio* à lei do Estado onde deveriam ser apreciadas, e, segundo a doutrina estatutária holandesa, as leis eram *sempre* territoriais, sendo somente por um acto de cortesia que os tribunais de um país podiam aplicar as leis estrangeiras, o que dava em consequência que, em rigor de direito, as relações jurídicas estavam sempre sujeitas à lei do tribunal, à *lex fori*.

Pelo contrário, a escola estatutária italiana, sem preocupação de princípios, procurava, com as suas divisões e subdivisões, distinções e subdistinções, determinar a lei mais justa para regular as relações jurídicas em cada um dos seus elementos. Na sua *intuição*, o estatuto de cada uma das cidades tornava-se assim *comum* às outras cidades, sempre que por êle devesse ser regulada uma relação jurídica em algum dos seus elementos, mesmo quando essa relação jurídica fôsse apreciada numa cidade diferente daquela que o havia formulado. Assim, assente que o estatuto do domicílio devia regular a capacidade civil e supondo que a capacidade de um individuo domiciliado em Veneza era apreciada por um tribunal de Bolonha, êste tribunal devia aplicar o estatuto veneziano, assim como, por seu turno, o tribunal de Veneza devia aplicar o estatuto bolonhês em condições recíprocas, e o estatuto de Veneza ou de Bolonha deveria, na apreciação da capacidade de um individuo domiciliado numa destas cidades, ser aplicado pelos tribunais de Modena, Pádua ou Pavia, de modo que o mesmo estatuto era

direito comum a todas as cidades italianas, sempre que se tratasse da apreciação da capacidade de um indivíduo domiciliado em Veneza ou Bolonha. A *comunidade de direito* foi assim, senão o princípio, a *intuição* e o *resultado* da escola estatutária italiana.

Mas o que na escola italiana foi simples intuição tornou-se, nas teorias que sucederam às teorias estatutárias, num princípio decisivo de orientação. Estas escolas são, com efeito, dominadas pela ideia de que a lei reguladora de uma relação jurídica que, por algum dos seus elementos, se encontra em contacto com leis de diferentes Estados, se deve determinar independentemente da consideração de essa lei ser *nacional*, isto é, do Estado cujo tribunal tem de apreciar a relação jurídica, ou ser *estrangeira*, devendo ter-se em vista se a mesma lei traduz ou não o critério de justiça que deve presidir à resolução dos conflitos de leis. Assim, se o critério adoptado for, como no sistema de Savigny, a conformidade da lei com a natureza da relação jurídica, o tribunal de qualquer país deve, ao apreciar uma questão de conflitos de leis, aplicar a lei que mais se harmonizar com a natureza da relação jurídica de que se tratar, «sem distinguir, diz o próprio Savigny, se a lei é do seu país, ou de um Estado estrangeiro» (1).

Esta concepção baseia-se evidentemente no *princípio da comunidade de direito* entre os diferentes Estados, pois é manifesto que, pela sua aplicação, as leis de cada Estado ficam sendo *comuns* aos demais Estados, desde que sejam aquelas que, segundo o critério de justiça adoptado, são competentes para regular as relações jurídicas.

É ainda Savigny quem põe em relêvo o princípio. Diz êle: «Em virtude do direito rigoroso de soberania poderia sem dúvida ordenar-se aos juizes de um país que applicassem exclusivamente o seu direito nacional, sem terem em consideração as disposições contrárias de um direito estrangeiro com o qual a relação jurídica em litígio pudesse encontrar-se em contacto. Mas semelhante prescrição não se encontra em nenhuma legislação conhecida e deveria ser repellido pelas considerações seguintes. Quanto mais numerosas e activas são as relações entre os povos, mais nos devemos convencer de que é necessário renunciar a êste princípio de exclusivismo, para adoptar o princípio contrário. É assim que se tende para a reciprocidade na apreciação das relações jurídicas, ao estabelecer, perante a justiça, entre nacionais e estrangeiros, a igualdade que é reclamada pelo interesse dos povos e dos indivíduos. Se esta igualdade fôsse completamente realizada, não só em cada Estado os tribunais seriam acessíveis aos estrangeiros

(1) *Traité de droit romain*, trad. de Guenoux, tom. VIII, pág. 34.

nos termos em que o são aos nacionais (o que constitui a igualdade de tratamento para as pessoas), mas, no caso de conflito de leis, a decisão proferida sobre dada relação jurídica seria sempre a mesma, qualquer que fôsse o país onde o julgamento fôsse proferido. *O ponto de vista em que nos colocam estas considerações é o de uma comunidade de direito entre os diferentes povos; e na sucessão dos tempos êste ponto de vista tem sido adoptado cada vez mais sob a influência das ideias cristãs e das reais vantagens que êle produz para todas as partes*» (1).

Êste princípio da comunidade de direito entre os Estados tem como *condição de realização* a aplicação da lei de um Estado em qualquer outro Estado, sempre que essa lei, pelo seu fim, ou pela natureza da relação jurídica, ou por qualquer outro motivo, segundo o critério de justiça que se adoptar, for a que, à luz do mesmo critério, se reconhecer competente para regular uma dada relação jurídica, e tem como resultado a *unidade de regime* da relação jurídica no meio da diversidade das legislações dos diferentes Estados.

É importa ter bem presente que a *comunidade de direito* não significa, como a alguém se tem afigurado, a *uniformidade do direito interno*, mas a resolução *uniforme dos conflitos de leis*, pela aplicação da *mesma lei* em toda a parte à *mesma relação jurídica*. Foi assim que Savigny concebeu a comunidade de direito e é assim que a entendem todos aqueles que sobre ela têm baseado a organização do direito internacional privado quanto ao problema dos conflitos de leis.

É para melhor frisar o alcance do princípio da comunidade de direito, convém referi-lo ao *direito objectivo* e às *relações jurídicas*.

Quanto ao direito objectivo, a comunidade de direito equivale à *comunidade das fontes de direito*, consistindo em as leis de um Estado poderem ser fonte de direito para os tribunais de outro Estado; quanto às relações jurídicas, consiste na *uniformidade de regime* da mesma relação jurídica, por lhe ser applicada a mesma lei pelos tribunais de todos os Estados. Se se tratar, designadamente, dos conflitos de leis sobre a sucessão legítima, a comunidade de direito realizar-se há applicando sempre à mesma sucessão a mesma lei. Assim, supondo que se assenta em que a sucessão legítima deve ser regulada pela lei nacional do autor da herança e que êste era francês, seguindo-se o princípio da comunidade de direito, a lei francesa deverá ser sempre applicada onde quer que se dê o falecimento, onde quer que se encontrem os bens e onde quer que se faça a partilha ou discuta a herança, o que evidentemente quer dizer que a lei

(1) Ob. cit., pág. 29 e 30.

francesa se deve tornar lei comum aos diversos Estados para regular a sucessão legítima dos cidadãos franceses.

Sendo assim, vê-se claramente como, com a admissão teórica e com a aplicação prática do princípio da comunidade de direito, os sistemas jurídicos dos diversos Estados, como lá tivemos ocasião de observar ⁽¹⁾, deixam de ser *tangenciais*, como aconteceria no regime da absoluta territorialidade das leis, para serem *solidários*, aplicando-se *distributivamente* às relações jurídicas, segundo a natureza destas relações, o fim social das leis, ou qualquer outro critério que seja adoptado.

91 — As escolas estatutária italiana e de D'Argentré fundaram a exterritorialidade do estatuto pessoal numa *idea de justiça*. Esse estatuto devia aplicar-se fora do território, porque assim o exigia a razão e a natureza das coisas.

A escola holandesa, considerando contraditória a doutrina de D'Argentré, por associar o princípio da territorialidade das leis com a idea de justiça como fundamento da exterritorialidade do estatuto pessoal, pôs logicamente de lado esse fundamento e baseou as excepções à territorialidade no princípio da cortesia internacional — *comitas gentium*.

A escola francesa do século XVIII associou os dois princípios — a justiça e a cortesia — na explicação da exterritorialidade das leis, associação evidentemente contraditória, mas com a qual, como nota Lainé ⁽²⁾, a escola não teve em vista sacrificar a idea de justiça à idea de cortesia internacional, mas encontrar *mais um motivo* para alargar a esfera de aplicação do estatuto pessoal.

As doutrinas da comunidade de direito decidiram-se logicamente pela idea de justiça como fundamento da aplicação das leis estrangeiras. Assim se verifica nos sistemas que nos parecem fundamentais e que em breve analisaremos — o sistema de Savigny, o sistema de Mancini, e o sistema de Pillet.

Savigny exprime-se de modo que poderia dar a entender que êle aceitou a doutrina da escola holandesa, isto é, o princípio da cortesia internacional como base da comunidade de direito. Eis as passagens do seu livro onde trata do assunto: «Alguns autores tentaram resolver estas questões (de conflitos) pelo princípio da independência dos Estados, a soberania, e tomaram como ponto de partida as duas regras seguintes: 1.º) Pode cada Estado exigir que no seu território a sua lei seja a única aplicada; 2.º) nenhum Estado pode exigir a aplicação das suas leis além das suas fronteiras. Longe de desconhecer a verdade destes princípios, quero levá-los às suas últimas conseqüências, mas creio que êles não auxiliam muito a solu-

ção do problema... Em virtude do direito rigoroso de soberania, poderia sem dúvida ordenar-se aos tribunais de um país que applicassem exclusivamente o seu direito nacional, sem terem em consideração as disposições contrárias de um direito estrangeiro, com o qual a relação jurídica em litígio pudesse encontrar-se em contacto, mas semelhante prescripção não se encontra em nenhuma legislação conhecida e deveria ser repellido pelas considerações seguintes. Quanto mais numerosas e activas são as relações entre os povos, mais nos devemos convencer de que é necessário renunciar a este princípio de exclusivismo, para adoptar o princípio contrário... O problema a resolver pode formular-se nestes termos: determinar para cada relação jurídica o domínio de direito mais conforme à natureza própria e essencial desta relação. Comparada com o direito rigoroso de que falei acima, esta assimilação (da lei nacional e da lei estrangeira para regular as relações jurídicas) pode ser considerada como um *acôrdo amigável* entre os Estados soberanos para o fim de admitir leis originariamente estrangeiras no número das fontes onde os seus tribunais devem basear o julgamento de numerosas relações jurídicas. Não se deve, porém, considerar este acôrdo como o efeito de pura benevolência, como acto revogável de uma vontade arbitrária, mas antes como um desenvolvimento próprio do direito, seguindo no seu curso a mesma marcha que as regras sobre os conflitos entre as leis particulares de um mesmo Estado» ⁽¹⁾.

Em verdade, Savigny parece ter começado por admitir que o Estado pode excluir a aplicação das leis estrangeiras e ver depois nesta aplicação o resultado de um acôrdo amigável dos Estados, isto é, de um acto de cortesia. Contudo, Savigny, não só afirma que o princípio da exclusão absoluta das leis estrangeiras pouco pode auxiliar a resolução do problema, mas acrescenta que o desenvolvimento progressivo das relações internacionais, as tendências da humanidade e os interesses dos povos e dos individuos exigem a renúncia àquele princípio de exclusão e a admissão do princípio contrário, e acaba por dizer que o acôrdo dos Estados de que resulta a aplicação das leis estrangeiras não é um efeito de pura benevolência, revogável por um acto de uma vontade arbitrária, mas um desenvolvimento do próprio direito. Mas, se assim é, a comunidade de direito funda-se numa razão de justiça, pois a *aparente* cortesia acaba por se tornar, como diz Jitta, um dever jurídico, e então já não é cortesia ⁽²⁾. O que Savigny quis significar foi o que, segundo escreve o mesmo Jitta, êle podia dizer, e seria isto: «O Estado tem o *poder* de ordenar aos seus juizes que não apliquem senão o direito nacional, mas não é o seu poder

⁽¹⁾ Supra, pág. 47 e 148.

⁽²⁾ Ob. cit., tomo II, pág. 77 e seq.

⁽¹⁾ Ob. cit., pág. 27, 29 e 30.

⁽²⁾ *La méthode du droit international privé*, pág. 57.

que constitui a medida do seu direito. Este poder não passa de um facto, e a comunidade das nações tem precisamente por fim limitá-lo, a fim de assegurar a coexistência pacífica dos diversos membros desta comunidade e o desenvolvimento normal das relações que entre elles se podem produzir. Assim, a comunidade das nações é incompatível, não com a soberania, mas com o carácter absoluto da soberania do Estado ⁽¹⁾. Com efeito, não pode explicar-se de outro modo a afirmação de que a aplicação das leis estrangeiras, quando as mais em harmonia com a natureza da relação jurídica, representa a *desenvolvimento do próprio direito*, por isso que não pode explicar-se por um motivo de cortesia o desenvolvimento do direito. Onde este começa, acaba a *tolerância*, ditada quer por conveniência, quer por cortesia.

Mancini foi terminante, pois escreveu: «O clima, a temperatura, a situação geográfica, montanhosa ou marítima, a natureza e a fertilidade do sólo, e bem assim a diversidade das necessidades e dos costumes, determinam em cada povo, com quasi inteira preponderância, o *sistema das relações jurídicas*. Determinam até, em grau maior ou menor, a precocidade do desenvolvimento físico ou moral, a organização das relações de família, as ocupações preferidas, o género de negócios e as relações comerciais mais frequentes. Por estes motivos também, o estado e a capacidade das pessoas no direito privado das diferentes nações devem diferir segundo a diversidade das condições. Não poderia desprezar-se esta diferença sem contrariar a natureza e sem destruir os seus efeitos com flagrante injustiça. A idade pode ser citada como exemplo. Não deve considerar-se como concessão arbitrária e de benevolência do legislador que o estrangeiro que chega ao seu território conserve o seu estado pessoal e a sua capacidade jurídica de origem. Que injusta pretensão não seria exigir o contrário!» ⁽²⁾.

Não é menos decidido o pensamento de Pillet. Este escritor, determinando os caracteres do que elle chama a *lei internacional*, isto é, o sistema de conciliação destinado a fixar os limites da autoridade respectiva das diferentes legislações, sempre que o comércio internacional occasiona um conflito entre os seus preceitos ⁽³⁾, entende que, entre outras qualidades, a lei internacional deve ser *obrigatória* para os Estados, desenvolvendo d'este modo o seu pensamento: «São necessários certos princípios e, para que exista um verdadeiro direito internacional, estes princípios devem ser obrigatórios. É, com efeito, da essência da lei obrigar aqueles a quem se dirigem os seus preceitos. Os particulares devem submeter-se aos preceitos do

⁽¹⁾ Ob. cit., pág. 57 e 58.

⁽²⁾ *Clunet*, 1874, pág. 295.

⁽³⁾ *Principes*, pág. 125

direito internacional, porque os próprios Estados, de que os particulares são nacionais, lhes estão sujeitos» ⁽¹⁾.

A doutrina de Savigny, Mancini e Pillet é o corolário lógico do princípio da comunidade de direito. Desde que se aceite o princípio de que os conflitos de leis devem ser resolvidos pela aplicação da lei mais justa para regular as respectivas relações jurídicas, determinando-se a justiça da lei pela natureza da relação jurídica (Savigny), pela nacionalidade do seu sujeito (Mancini), ou pelo fim social da lei (Pillet), considerando-se indiferente que a lei seja nacional ou estrangeira, semelhante princípio não pode tornar-se efectivo senão mediante a *obrigação* de os Estados applicarem as leis estrangeiras, isto é, mediante o princípio de que a aplicação das leis estrangeiras se funda numa razão de justiça, pois só a razão jurídica é que pode ditar preceitos obrigatórios para os individuos ou para os Estados.

O princípio de que a aplicação das leis estrangeiras assenta numa ideia de justiça, e não numa razão de cortesia internacional, foi solenemente proclamado na primeira conferência da Haia, em 1895, pelo ministro dos negócios estrangeiros da Holanda, ao abrir a conferência. Eis as suas palavras: «Mas há uma razão de ordem mais elevada que nos confirma nesta confiança. É que, acima das soberanias dos povos, eleva-se a soberania da justiça e do direito, perante a qual se inclinam todas as nações civilizadas. Não se trata, com efeito, de uma consequência derivada da *comitas gentium*, nem de uma necessidade criada exclusivamente por interesses materiais, mas, antes de tudo, do princípio primordial da justiça, que quer que a cada um seja dado o que lhe pertence — *jus suum cuique*» ⁽²⁾. E assim, Von Tinhoel formulava perante a conferência o mesmo princípio que Mancini havia formulado perante o Instituto de direito internacional ⁽³⁾, afirmando ambos que a aplicação das leis estrangeiras na resolução dos conflitos de leis não constitui um acto de favor, mas sim um princípio de justiça.

92—Expostos os princípios de orientação geral das doutrinas da comunidade de direito, analizaremos dessas doutrinas as que nos parecem fundamentais para traçarmos a linha de evolução doutrinária do princípio do reconhecimento do valor, eficácia e applicabilidade das leis estrangeiras.

Deve considerar-se integrado no conjunto das doutrinas da comunidade de direito todo o sistema de conflitos de leis que, sem a *preocupação* de as leis serem nacionais ou estrangeiras, estabelecer a sua competência para regular as relações jurídicas mediante um critério de justiça que tanto

⁽¹⁾ Obr. cit., pág. 129 e 130; Conf., pág. 148 e seg.

⁽²⁾ Actas de 1895, pág. 24.

⁽³⁾ *Annuaire*, I, pág. 123.

possa conduzir à aplicação de uma lei nacional como à aplicação de uma lei estrangeira.

A esse grupo de doutrinas pertencem já os sistemas de Waechter e Schaeffner, de que apresentaremos os traços fundamentais.

O sistema de Waechter (1797-1880) caracteriza-se pela função que elle attribui aos juizes em face das questões emergentes das relações privadas internacionais. Em primeiro lugar, o juiz deve aplicar a *lex fori*, quando ella seja expressa acêrca da resolução dos conflitos de leis. No silêncio da *lex fori*, deve o juiz investigar qual o espirito das suas prescrições e verificar se o legislador pretendeu dar a preferência à legislação local ou à legislação estrangeira. Assim, o legislador, formulando leis sôbre o casamento, apenas tem em vista as famílias cujo conjunto constitui a sua nação, não pretende organizar as famílias que constituem outras sociedades, por vezes muito diferentes daquela para que legisla, e porisso as famílias devem ser regidas pela sua lei nacional. Se o espirito da *lex fori* lhe não der indicação alguma, deverá o juiz aplicar a lei do Estado em nome do qual administra justiça. Fora dos casos extremos, de disposição expressa e de falta de qualquer indicação, deve pois o juiz interpretar bem o sentido e o espirito das normas jurídicas para escolher a lei applicável, sinal de que no pensamento de Waechter havia o intento de atender para algum efeito ao carácter da relação jurídica para determinar a sua lei reguladora. É, em todo o caso, certo que Waechter deu excessiva importância à *lex fori* e que o seu critério podia levar à aplicação abusiva desta lei (1).

Schaeffner, reconhecendo, como Waechter, que o juiz deve investigar em primeiro logar se a *lex fori* formula algum principio acêrca da resolução do conflito de leis ocorrente, para proceder à sua aplicação, estabelece um critério muito diferente para o caso do silêncio da *lex fori*. Em tal caso, as relações jurídicas devem ser regidas pela lei do lugar onde tiveram origem. Segundo a expressão de Vareilles-Sommières, dá a cada relação jurídica uma *nacionalidade*, determinada pelo lugar do seu nascimento. Aplicando este critério às diferentes relações jurídicas, decide, por exemplo, — que o estado e a capacidade das pessoas devem ser regulados pela lei do domicílio, pois é aí que ellas se tornam capazes, — que a legitimação por subseqüente matrimônio deve ser regulada segundo a lei do nascimento do filho, já que é aí que se estabelece a sua relação com os pais, — que os bens *uti universitas* devem ser reguladas pela lei do domicílio, por ser nesse lugar que a pessoa adquiriu a capacidade para possuir bens, etc. O critério de Schaeffner é mais pre-

(1) Vide: Von Bar, ob. cit., § 24.º; Catellani, ob. cit., II, n.ºs 167.º e seg.; Meili, ob. cit., § 55.º; Weiss, *Traité*, III, pág. 55.

ciso que o de Waechter, pois já estabelece um ponto de referência para as apreciações judiciais, mas tem ainda muito de indeterminado e de arbitrário, porisso que é muitas vezes difficil precisar a origem de uma relação jurídica, podendo assinalar-se-lhe uma origem diversa segundo se atenda ao seu sujeito, ao seu objecto, ou ao facto da sua constituição (1).

O primeiro sistema, porém que renovou profundamente a teoria dos conflitos de leis em harmonia com o principio da comunidade de direito, sendo nesse sistema que aparece formulado o mesmo principio, foi o sistema de Savigny, que vamos estudar nos seus principios fundamentais e na sua organização.

93 — Savigny (1779-1861) expôs o seu sistema, em 1849, no tomo VIII do seu *Tratado de direito romano*, constituindo o capítulo I do Livro III dêsse tratado, livro intitulado — *Império das regras de direito sôbre as relações jurídicas*. O capítulo I intitula-se — *Limites locais do império das regras de direito sôbre as relações jurídicas*, e o capítulo II denomina-se — *Limites no tempo do império das regras de direito sôbre as relações jurídicas* (2). Limites das regras de direito no espaço e no tempo, tais são os dois problemas com que Savigny ultimou o seu tratado sôbre o direito romano.

O problema dos limites das regras de direito no espaço, que equivale ao problema dos conflitos de leis, versou-o Savigny já formulando os principios que, em seu critério, realizam a comunidade de direito, já na aplicação dêsses principios, já nos *limites* que restringem a comunidade de direito.

I — *Os principios*. Depois de afirmar que o ponto de vista em que se coloca é o da comunidade de direito — «o ponto de vista onde estas considerações nos collocam é o de uma comunidade de direito entre os povos» (3) — o que o conduziu — «a reconhecer que, para se pronunciar sôbre uma relação jurídica, deve o juiz aplicar o direito local a que pertence a relação jurídica em litigio, sem distinguir se esse direito é o do seu país, ou o de um Estado estrangeiro» (4), formula Savigny o seu primeiro principio, que é o grande principio que domina o sistema e pelo qual se realiza a comunidade de direito; «O problema a resolver, diz elle, pode pôr-se nestes termos: determinar para cada relação jurídica o dominio de direito mais conforme à natureza própria e essencial da mesma relação jurídica» (5). Ao principio pode, pois, dar-se esta fórmula: *cada relação*

(1) Von Bar, ob. cit., § 25; Catellani, ob. cit., n.ºs 160 e 161; Weiss, *Traité*, III, pág. 57.

(2) Savigny, *Traité de droit romain*, trad de Guenoux, Paris, 1840 a 1851.

(3) Pág. 30

(4) Pág. 34 e 35.

(5) § cit., pág. 30 e 31.

jurídica deve ser regulada pela lei mais conforme à sua natureza.

Como determinar, porém, a lei mais em harmonia com a natureza da relação jurídica?

Depois de ter mostrado que as pessoas consideradas em si mesmas estão sujeitas à lei do seu domicílio, escreve Savigny: « Assim como até aqui procurámos o laço que liga a pessoa a um lugar determinado, ao domínio de um direito especial, vamos agora empreender um trabalho semelhante para as relações jurídicas, e mostrar o laço que as liga a um lugar determinado, ao domínio de um direito especial. Mas, para aproximar, pela semelhança dos termos, as duas partes desta investigação, podemos dizer que vamos assinar a cada classe de relações jurídicas *uma sede determinada*. Continuando a mesma ideia, vou reproduzir aqui a fórmula já apresentada mais acima sob um ponto de vista diferente e que resume assim o problema a resolver: investigar para cada relação jurídica o domínio de direito a que essa relação pertence pela sua natureza — onde essa relação jurídica tem a sua sede ». E, desenvolvendo a mesma ideia, acrescenta: « Temos de determinar para cada classe de relações jurídicas o domínio a que elas pertencem, isto é, a sede da relação jurídica (§ 360.º). A base deste trabalho deve ser a enumeração das relações jurídicas a que se aplica a nossa investigação. Toda a relação jurídica tem por centro a pessoa que é o seu titular e assim trata-se, em primeiro lugar, de determinar o estado da pessoa em si mesma. Em volta deste ponto central (a pessoa em si mesma) agrupam-se os direitos adquiridos sob as suas diversas manifestações... Assim, pois, as relações jurídicas de que nos devemos ocupar na sequência deste trabalho podem classificar-se do modo seguinte: I) Estado da pessoa em si mesma (capacidade de direito, capacidade de agir); II) Direito das coisas; III) Direito das obrigações; IV) Direito de sucessão; V) Direito de família. Para cada relação jurídica pertencente a alguma das classes que acabamos de enumerar, trata-se de determinar a regra aplicável ao conflito das diferentes leis locais. Formulei acima o princípio que conduz à solução do problema: o direito local aplicável em todos os casos de conflito é o do lugar onde se tiver reconhecido a *sede da relação jurídica*, que se deve distinguir cuidadosamente do domicílio da pessoa. Eis agora as relações de facto que *podem* determinar a sede da relação jurídica, e entre as quais se trata de escolher em cada caso: o *domicílio* de uma das pessoas a que respeita a relação jurídica; o *lugar da situação* de uma coisa que é objecto de uma relação jurídica; o *lugar de um acto* jurídico realizado ou a realizar; o *lugar do tribunal* chamado a conhecer da relação jurídica » (1).

(1) Pág. 108 a 118 a 120.

De todas estas passagens infere-se que, para Savigny, a lei mais em harmonia com a natureza da relação jurídica se determina pela sede da mesma relação jurídica. E daí o podermos formular este segundo princípio: *A lei mais em harmonia com a natureza da relação jurídica determina-se pela sua sede*. Se bem reflectirmos, verificamos que Savigny entende por sede o que podemos chamar, e já chamámos, o *elemento de conexão* da relação jurídica com a lei de um Estado, e que é o elemento decisivo da competência da lei reguladora da mesma relação jurídica. Isto é, para encontrar a lei competente, temos de considerar os elementos de conexão da relação jurídica com as leis dos diferentes Estados com que ela se encontra em contacto e escolher, entre eles, aquele que conduzir à aplicação da lei que mais se harmonizar com a natureza da relação jurídica. O segundo princípio de Savigny contém assim o *processo* de encontrar a lei mais conforme à natureza da relação jurídica.

Savigny não se contentou, porém, com os dois princípios formulados. Juntou-lhes um terceiro, que enuncia assim: « O direito local aplicável às relações jurídicas encontra-se sob a influência da vontade livre das pessoas interessadas, que se submetem voluntariamente ao império de uma lei determinada, ainda que esta influência não seja ilimitada... Esta submissão voluntária a um direito local aparece-nos sob diferentes formas e em diferentes graus. Algumas vezes toma-se como regra um direito local determinado, podendo muito bem escolher-se um outro. É o que acontece designadamente em matéria de obrigações, onde o direito local livremente escolhido deve ser considerado como parte integrante do contrato. Em outros casos, esta submissão voluntária resulta da própria aquisição do direito; assim, por exemplo, aquele que adquire um imóvel situado no domínio de um direito estrangeiro, tinha a liberdade de não o adquirir, mas, pelo facto mesmo da aquisição, aceita o direito local que rege o imóvel » (1).

O terceiro princípio do sistema de Savigny é, pois, o princípio da *submissão voluntária*, que poderia formular-se deste modo: *A sede da relação jurídica determina-se pela submissão voluntária a uma certa lei local*.

É preciso, porém, entender este princípio em termos hábeis, para que não possa pensar-se que Savigny arvorou a autonomia da vontade em princípio supremo da determinação da lei competente para regular as relações jurídicas. A regra de direito é formulada para disciplinar a manifestação das vontades individuais, e por isso bem se compreende que a lei se impõe à vontade e que a vontade não pode, em princípio, escolher a lei que há de presidir às suas manifestações. Em regra, o poder da vontade limita-se à prática dos factos que determi-

(1) Pág. 110

nam a aplicação da lei. Assim, o indivíduo tem a liberdade de fixar ou não o domicílio num determinado Estado, mas, desde que o fixa, fica, segundo Savigny, sujeito à lei desse Estado quanto à sua capacidade, quanto ao direito de sucessão e quanto aos direitos paternos e maritais; pode ou não adquirir bens imóveis num determinado país, mas, se os adquirir, fica sujeito à lei desse país, quanto ao exercício do direito de propriedade sobre os mesmos bens. Em qualquer destes casos, o indivíduo não escolhe a lei; somente prática o *facto* de que depende a aplicação da lei. Apenas em matéria de leis supletivas é que normalmente o indivíduo pode escolher directamente a lei aplicável a uma relação jurídica, mas então é porque a lei deixa de ser uma *ordem*, para ser um *conselho*, que a vontade pode seguir ou deixar de seguir.

E este, segundo cremos, o pensamento de Savigny. No domínio das leis imperativas, o princípio da submissão voluntária restringe-se à prática dos factos que fixam a *sede* da relação jurídica como elemento de conexão decisivo da competência da lei que deve regulá-la. De modo que o princípio da submissão voluntária vem apenas pôr em evidência um *elemento* de determinação da lei mais em harmonia com a natureza da relação jurídica. A vontade, determinada pelos motivos que sobre ela actuam, fixa a sede da relação jurídica, e esta fixa a competência da lei. Mas não é *qualquer* facto da vontade que *localiza* a sede como meio de fixar a competência da lei reguladora da relação jurídica; são apenas aqueles factos que conduzem a fixar a relação jurídica no domínio da lei que mais condiz com a sua natureza. Os princípios da sede e da submissão voluntária estão assim subordinados ao princípio da conformidade da lei com a natureza da relação jurídica, que fica sendo o princípio fundamental.

94 — *Aplicações*. Formulados os princípios que acabamos de indicar, procura Savigny determinar qual a lei reguladora: *a)* do estado da pessoa considerada em si mesma; *b)* dos direitos reais; *c)* dos direitos de obrigação; *d)* dos direitos de sucessão; *e)* dos direitos de família; *f)* da forma dos actos.

a) A pessoa em si mesma considera-a Savigny sujeita à lei do seu domicílio. O domicílio como que representa a *sede legal* da pessoa, sendo a lei do domicílio a lei reguladora da sua capacidade tanto de gozo como de exercício de direitos. «Se se perguntar, escreve o autor, qual é a lei aplicável aos diferentes estados da pessoa que determinam a capacidade de direito e a capacidade de agir, responde-se: é pura e simplesmente o direito local a que a pessoa está sujeita pelo seu domicílio» (1).

(1) Pág. 133.

b) Propondo-se determinar a lei reguladora dos direitos reais, escreve o nosso autor: «Vamos ocupar-nos dos direitos sobre as coisas particulares, isto é, dos direitos reais, a fim de determinar o domínio de direito a que elles pertencem, e aqui somos conduzidos pelo próprio objecto de tais direitos a essa determinação. Com efeito, como o seu objecto cai sob os nossos sentidos e ocupa um lugar no espaço, o lugar em que elles se encontram é ao mesmo tempo a *sede* da relação jurídica de que elles constituem o conteúdo. Aquele que quer adquirir ou exercer um direito sobre uma coisa, transporta-se com certa intenção ao lugar que ela ocupa e, quanto a esta relação jurídica especial, sujeita-se voluntariamente ao direito do lugar. Assim, pois, quando se diz que os direitos reais se julgam segundo o direito do lugar onde a coisa se encontra (*lex rei sitæ*), parte-se do mesmo princípio que quando se aplica ao estado da pessoa a *lex domicilii*. Este princípio é a submissão voluntária» (1). A situação das coisas é assim a sede do direito real, e a sede determina a competência da lei, e por isso a lei competente é a *lex rei sitæ*.

c) *Direitos de obrigação*. Como o direito real, a obrigação ou direito de crédito faz, na linguagem de Savigny, sair o indivíduo da sua personalidade abstrata e entrar no domínio de um direito local. «Também aqui, escreve, se apresenta a questão de saber qual é a verdadeira sede da obrigação, o lugar onde ela se localiza no espaço, porque, uma vez determinada a sede ou o lugar da obrigação, saberemos qual é a jurisdição especial chamada a apreciá-la e o direito local a que está submetida» (2). A obrigação é, porém, uma coisa incorpórea, que não ocupa lugar no espaço, e por isso importa procurar no seu desenvolvimento natural *aparências visíveis* a que liguemos a *realidade invisível* da obrigação, a fim de a *corporalizar*. Em toda a obrigação há duas aparências visíveis, que podem servir-nos de guia, pois que toda a obrigação resulta de factos visíveis e se realiza por factos visíveis, os quais se passam necessariamente em um lugar. Por isso, para determinar a sede da obrigação, teremos de escolher entre o lugar da sua *constituição* e o lugar da sua *execução*. O primeiro é um facto accidental, fugitivo e estranho à essência da obrigação, ao passo que o segundo é da essência de tal relação jurídica, por isso que a obrigação tem valor pela sua execução e por isso é da essência da obrigação que o lugar da sua execução seja considerado como a sua sede, sendo a lei desse lugar que deve regulá-la e sendo a essa lei que deve supor-se que as partes quiseram submeter-se. Tal é, em resumo, a doutrina de Savigny. O lugar do cumprimento

(1) Pág. 167 e 168.

(2) Pág. 198.

da obrigação é a sua sede, e por isso é a lei dêsse lugar que deve regulá-la.

d) *Direitos de sucessão.* Savigny sintetiza assim as suas ideias sobre a lei reguladora da sucessão: «Como temos feito para as outras instituições, devemos investigar a que direito local pertence, pela sua natureza, o direito de sucessão. Para êsse efeito, é preciso recordar os caracteres essenciais do direito de sucessão. Este direito consiste na transmissão do patrimônio de uma pessoa falecida para outras pessoas, o que constitui uma extensão do poder e da vontade do homem para além do termo da vida; e esta vontade, que continua a agir, é ora expressa (sucessão testamentária), ora tácita (sucessão *ab intestato*). Esta relação liga-se imediatamente à pessoa do *de cuius*, como mostrámos quanto à capacidade de direito e como adiante veremos a respeito da família. Se esta exposição é conforme à natureza das coisas, devemos dizer que, em geral, o direito de sucessão é regulado pelo direito local do domicílio do defunto no momento da morte. Reproduzindo aqui expressões técnicas já explicadas, diremos que as leis sobre o direito de sucessão pertencem aos estatutos pessoais, porque têm por objecto a pessoa *principaliter*, e sóse ocupam dos bens acessorariamente». (1)

A sede da sucessão é o domicílio do autor da herança, porque, segundo a natureza das coisas, a lei da sucessão refere-se principalmente às pessoas, e por isso a lei da sucessão deve ser a lei do domicílio do *de cuius*.

e) *Direitos de família.* Para Savigny, o direito de família abrange o casamento, o poder paternal e a tutela.

1.º *Casamento.* Savigny, depois de afirmar de modo geral que «o direito de família tem muita semelhança com o estado da pessoa em si (capacidade de direito e capacidade de agir) e se distingue essencialmente das relações que põem a pessoa em contacto com objectos exteriores arbitrariamente escolhidos», escreve a respeito do casamento: «A verdadeira sede do laço conjugal não dá lugar a dúvidas; é no domicílio do marido, que, segundo o direito de todos os povos e de todos os tempos, é reconhecido como chefe da família. E', pois, êste domicílio que determina o direito local do casamento». (2)

2.º *Poder paternal.* «O poder paternal constituído pelo nascimento de um filho durante o casamento e as questões a que êle pode dar lugar julgam-se segundo a lei do lugar onde o pai tinha o seu domicílio por ocasião do nascimento do filho. Quanto às relações patrimoniais entre o pai e os filhos, julgam-se segundo a lei do domicílio actual do pai e, assim, a mudança

de domicílio pode determinar a mudança destas relações. A legitimação por subsequente matrimónio é regulada pela lei do domicílio do pai na época da celebração do casamento, e a época do nascimento do filho é completamente indiferente» (1).

Destas soluções não aparece particularmente justificada senão a última, na parte em que Savigny põe de lado a época do nascimento do filho, para o que alega que não pode falar-se de direitos do filho antes do casamento do pai, não só porque êste podia não casar com a mãe, mas também porque, mesmo casando, podia não reconhecer o filho. O fundamento geral das mesmas soluções tem assim de ir buscar-se à dupla razão de que o direito de família se assemelha ao estado da pessoa em si mesma e de que o pai é o chefe da família, sendo o seu domicílio a sede natural das relações jurídicas com os filhos, como o é nas relações com a mulher.

3.º *Tutela.* A tutela tem no sistema de Savigny um regime complexo, sendo por êle encarada sob o ponto de vista da sua constituição, da sua administração e dos direitos e deveres do tutor. A constituição da tutela é subordinada à lei do domicílio do pupilo, pelo motivo de que, tendo a tutela por fim a protecção do pupilo, deve ser a lei pessoal dêste que deve determinar se se torna necessário constituí-la. A administração tutelar subordina-a à lei do tribunal em cuja circumscrição a tutela é exercida. Finalmente, a obrigação de o tutor aceitar e, correlativamente, o direito de se escusar depende da lei do seu domicílio, e as suas obrigações derivadas da gestão tutelar dependem da lei do lugar onde a gestão é exercida. O domicílio do pupilo, a sede do tribunal, o domicílio do tutor e o lugar do cumprimento das obrigações do tutor constituem assim, sucessivamente, a sede da tutela, segundo o ponto de vista em que esta é encarada (2).

f) *Forma dos actos.* Depois de tratar de cada uma das espécies de relações jurídicas em que se resume o direito privado — estado da pessoa, direitos reais, obrigações, direitos de sucessão e direitos de família, estuda Savigny a questão da lei reguladora da forma externa dos actos, questão comum às diferentes relações jurídicas. Segundo o rigor do seu sistema, diz Savigny que a forma dos actos devia ser regulada pela mesma lei que regula a relação jurídica em geral, e por isso deveria ser a lei do domicílio quanto às relações jurídicas cuja sede é o domicílio da pessoa, a lei da situação quanto aos direitos reais, e a lei da execução quanto às obrigações. Contudo, porque, no lugar onde é praticado o acto jurídico, ou é difficil conhecer as formalidades legais exigidas pela lei da relação jurídica ou, conhecendo-se, é difficil ou mesmo impossivel praticá-las,

(1) Pág. 290.

(2) Pág. 320-321.

(1) Pág. 334.

(2) Pág. 336.

admite Savigny a *suficiência* da lei do lugar da celebração do acto, aceitando a regra tradicional traduzida no adágio *locus regit actum*. Por uma razão de utilidade ou de necessidade prática, o lugar da celebração é a sede do acto jurídico quanto à forma.

Eis o sistema de Savigny nos seus princípios de realização da comunidade de direito entre os Estados e nas aplicações principais desses princípios. É fácil verificar que o princípio *guia* é a *natureza da relação jurídica*, que o princípio *sede* não é mais que o *processo* de encontrar a lei mais conforme à relação jurídica, e que o princípio *submissão voluntária* não passa de um *elemento de relação* das pessoas com a lei conforme à natureza das relações jurídicas pelas mesmas constituídas.

95—III—*Limites da comunidade de direito*. Aplicando ao estado das pessoas a lei do seu domicílio, aos direitos reais a *lex rei sitae*, às obrigações a lei do lugar da execução, às relações de família a lei do domicílio do marido, do pai ou do pupilo, e à forma dos actos a lei do lugar da celebração, sem atender à circunstância de a lei a aplicar ser nacional ou estrangeira, realizar-se-ia a comunidade de direito no sentido de conseguir a *unidade de regime* de cada relação jurídica concretamente considerada, tornando *comuns* as fontes de direito de cada Estado a todos os outros Estados, para o efeito de aplicar a cada relação jurídica a lei mais em harmonia com a sua natureza.

Contudo, as divergências legislativas entre os diversos Estados podem traduzir diferenças essenciais nas suas condições de existência que interessem à sua conservação e desenvolvimento, e daí o *perigo* que por vezes podia dar-se de aplicar num país as leis de outro país. Savigny viu o perigo e procurou evitá-lo com o princípio-*limite* à comunidade de direito. Eis as suas ideias: «Até aqui fomos conduzidos a reconhecer que, para se pronunciar sobre uma relação jurídica em contacto com diferentes Estados independentes, o juiz devia aplicar o direito local a que pertencesse a relação jurídica em litígio, sem distinguir se esse direito é o do seu país ou o de um Estado estrangeiro. Devemos agora estabelecer uma restrição a esse princípio, pois há diversas espécies de leis cuja natureza especial não admite esta independência da comunidade de direito entre diferentes Estados. Em face dessas leis, o juiz deve aplicar exclusivamente o direito nacional, mesmo quando o nosso princípio exigiria a aplicação do direito estrangeiro. Daí resulta uma série de excepções muito importantes, cuja determinação rigorosa é talvez a parte mais difícil do problema que temos de resolver. Muitas vezes os autores têm-se preocupado, sem lhe medirem o alcance, com estes casos excepcionais, e isso tem contribuído para que as regras que estas excepções limitam não tenham

sido geralmente reconhecidas. E aquele que conseguir assinar a estas excepções o seu verdadeiro carácter e os seus verdadeiros limites afastará muitos debates respeitantes às próprias regras e realizará a aproximação entre as diversas opiniões. «Vou tentar reduzir todas estas excepções a duas classes principais: A) Leis positivas rigorosamente obrigatórias, que por isso mesmo não admitem esta liberdade de apreciação que não atende às fronteiras dos diversos Estados. B) Instituições de um Estado estrangeiro cuja existência não é reconhecida no nosso e que por consequência não podem aí pretender a protecção dos tribunais» (1).

Formuladas estas regras como constituindo o *limite* da aplicação das leis estrangeiras, procura Savigny determinar-lhes o sentido. E assim é que, quanto à primeira regra, mostra que ela não compreende quaisquer leis *absolutas*, isto é, imperativas, mas apenas as que não são feitas unicamente no interesse das pessoas titulares dos direitos, e ou têm por base quer um *motivo moral*, como a lei que proíbe a poligamia, quer um *motivo de interesse geral*, ou revestem um *carácter político*, de *polícia* ou de *economia política*, como são as leis que restringem a aquisição de imóveis pelos judeus; e, quanto à segunda, diz que o juiz de um Estado que não reconhece a morte civil ou a escravatura não aplicará a lei de incapacidade formulada por um Estado que reconheça as duas instituições, privando do gozo ou do exercício de direitos o homem que essa lei considere civilmente morto ou declare propriedade de outro homem.

E, para terminar as suas considerações sobre o assunto, escreve: «Apesar das diferenças intrínsecas que existem entre as classes de leis absolutas que acabo de enumerar, todas elas têm este carácter comum de anomalia que, no conflito das leis locais, escapam à comunidade de direito, que é em princípio tão desejável. Pode esperar-se, porém, que, por virtude do desenvolvimento natural do direito nos diferentes povos, o número destes casos excepcionais tenderá constantemente a diminuir» (2).

96—IV—*Valor e influência do sistema*. O sistema de Savigny, que rompeu claramente com o princípio da territorialidade das leis e lhe substituiu o princípio da comunidade de direito, como ponto de partida para a resolução dos conflitos de leis, pode, sem receio de errar, denominar-se o *sistema de renovação do direito internacional privado*. Todas as doutrinas posteriores, que marcam na evolução científica daquele direito, foram por êle influenciadas. As suas soluções particu-

(1) Pág. 35 e 36.

(2) Pág. 40.

lares têm sido discutidas, ainda pelos seus adeptos mais ortodoxos, como Von Bar ⁽¹⁾ na Alemanha e Brocher ⁽²⁾ na Suíça francesa, mas a sua orientação geral transformou-se quasi num *dogma*, que pode exigir esclarecimentos ou desenvolvimentos, mas que é fundamentalmente indiscutível.

Em verdade, todas as doutrinas progressivas respeitantes aos conflitos de leis têm sido dominadas pela preocupação única de encontrar para a relação jurídica em contacto com leis diferentes a *lei competente* para a regular, independentemente da sua qualidade de nacional ou de estrangeira. É o *princípio da comunidade de direito*. Todas as doutrinas têm ido buscar como elemento de determinação da lei competente um dos elementos de conexão da relação jurídica com leis diferentes, fixando a relação jurídica dentro de um determinado sistema legislativo. É o *princípio da sede*. Mas, na escolha do elemento decisivo da competência da lei reguladora de uma relação jurídica, doutrina nenhuma procede arbitrariamente, pois, ou atende directamente à *natureza da relação jurídica*, ou atende ao *fim da lei* (Pillet), que se coordena com a natureza da relação jurídica, ou atende à *função da relação jurídica* (Iltis), a qual é inseparável da sua natureza. No fundo, é sempre o *princípio da conformidade da lei com a natureza da relação jurídica*. Todas as doutrinas aceitam mais ou menos que o elemento de conexão decisivo da competência da lei pode resultar de um acto de vontade, como a compra de bens em determinado país, a prática de um acto em certo lugar, a escolha da lei supletiva complementar da manifestação da vontade. É o *princípio da submissão voluntária*. Todas as doutrinas, directa ou indirectamente, assinam *limites* à aplicação das leis normalmente competentes para regular as relações jurídicas, quando assim o exige o interesse geral do Estado local. É o *princípio da restrição da comunidade de direito*. Em suma, o traço genial que informou a doutrina de Savigny passa sobre todas as doutrinas posteriores, embora na sua organização e nos seus detalhes elas se afastem do sistema do mestre. Só a doutrina neo-estatutária de Vareilles-Sommières, pode dizer-se, se destaca substancialmente. Mas o escolha dessa doutrina está exactamente na territorialidade das leis, que é o seu fundamento e que o sistema de Savigny pôs de parte.

97—Depois do sistema de Savigny, merece estudo especial a escola italiana fundada por Mancini e cujas doutrinas foram seguidas por muitos escritores, entre os quais indicaremos Esperson, Lomonaco, Fiore, Catellani, Laurent, Durant e

(1) *The theory and practice of international law*, trad. de Gillespie, Edinburgh, 1892.

(2) *Cours de droit international privé*. Paris — Genève, 1882.

Weiss ⁽¹⁾. Examinaremos o novo sistema na sua base doutrinal, nos princípios da sua organização, na forma que reveste esta organização, e finalmente nas suas inovações e na influência que exerceu na evolução do direito internacional privado.

I—*Base doutrinal*. Mancini formulou a sua doutrina, primeiro, numa lição, que ficou célebre, feita na Universidade de Turim em 1853, em que defendeu o princípio da nacionalidade como base do direito internacional público e do direito internacional privado, e, depois, no relatório apresentado ao Instituto de direito internacional privado ⁽²⁾, em que procurou traçar o caminho a seguir pelo Instituto no seu intuito de cooperar na codificação progressiva do direito internacional.

Nesse notável relatório, resume Mancini as ideias que definem o seu sistema de resolução dos conflitos de leis. Acompanhá-lo hemos no desenvolvimento do seu raciocínio.

Em face dos dois factos necessários—a existência de *legislação divergentes* e o *carácter cosmopolita do homem*, que naturalmente o desvia da sua pátria, atravessando os mares, visitando cidades, e estudando os monumentos e as instituições dos povos, e tem facilitado à raça humana a conquista da civilização que já atingiu,—pergunta Mancini se os Estados independentes têm o poder absoluto de recusar inteiramente no seu território toda a aplicação das leis estrangeiras e, no caso negativo, se a aplicação das leis estrangeiras se baseia num acto de cortesia, no consentimento expresso ou tácito do Estado local, respondendo que o Estado não tem o poder de recusar *toda* a aplicação das leis estrangeiras dentro do seu território e que a aplicação das leis estrangeiras, quando devam por elas ser reguladas as relações jurídicas, não representa um simples acto de cortesia, mas um dever internacional imposto pelo laço da sociedade geral existente entre todos os povos.

Assentes estes conceitos, com os quais Mancini se coloca, como Savigny, no ponto de vista da comunidade de direito entre os povos, procurou naturalmente definir os critérios segundo os quais cada Estado deve ser obrigado a reconhecer e a aplicar as leis estrangeiras. Para isso, passou em revista as teorias anteriormente formuladas, desde a doutrina estatutária

(1) Vide: Esperson, *Il principio di nazionalità applicato alle relazioni civili internazionali*, Pavia, 1868, e *Le droit international privé dans la législation italienne*, em *Clunet*, 1880; Lomonaco, *Trattato di diritto civile internazionale*, Napoli, 1884; Fiore, *Trattato di diritto internazionale*, 4.ª ed., Torino, 1902 e 1903; Catellani, *Il diritto internazionale e i suoi recenti progressi*, 2.ª ed., Torino, 1902; Laurent, *Droit civil international*, Bruxelles-Paris, 1880 e 1881; Durand, *Essai de droit international privé*, Paris, 1884; Weiss, *Manuel et Traité théorique et pratique de droit international privé*, Paris, 1905 e 1907 a 1913.

(2) Publicado em *Clunet*, 1874, pág. 221 e 285.

italiana até à doutrina de Savigny, e, depois de mostrar que nenhuma delas correspondia às exigências da vida internacional, indicou as «grandes linhas e a conclusão final do seu sistema, bem como os elementos essenciais que o compõem», nos termos seguintes:

«A *ordem jurídica* consiste no acôrdo da *liberdade privada e individual* com o *exercício do poder social*, isto é, das relações entre a *lei do Estado* e as *prerrogativas do indivíduo*, entre a *ordem política* e a *ordem civil* das relações domésticas e privadas. A acção do *poder social* para onde encontra a *liberdade inofensiva* e portanto *legítima* dos particulares. Daí resulta que a autoridade não pode, sem praticar um excesso injusto, invadir a esfera inacessível e inviolável em que se expande e exerce esta liberdade inofensiva.

«Estabelecidas estas premissas, se, da consideração da liberdade individual de cada homem no seio de uma sociedade civil, nos elevarmos até ao exame da constituição colectiva das nações e das relações entre elas existentes, é fácil reconhecer que a liberdade do indivíduo é, por assim dizer, a raiz da nacionalidade de um povo. Com efeito, se multiplicarmos o exercício desta liberdade inofensiva pela massa das liberdades individuais de todos os cidadãos pertencentes a uma nação, resulta a manifestação de certas qualidades, costumes, necessidades, tendências e hábitos constantes e espontâneos. Ora é isso que representa, por assim dizer, o carácter jurídico especial por que se pode distinguir um povo de outro povo; daí resulta o conjunto de condições que dá a cada povo vida e desenvolvimento próprios e o direito de exercer independentemente, segundo as suas qualidades particulares, a sua actividade na scena do mundo e na história. Ao lado desta livre actividade dos particulares, desenvolve-se a acção do poder público, ao qual são confiadas a tutela e a garantia da ordem pública e o desenvolvimento do progresso social em toda a extensão do seu território político. As *leis de ordem privada* correspondem à liberdade individual; as *leis que garantem a ordem pública e a organização do poder público* correspondem à soberania do Estado.

«Pode, pois, afirmar-se, sem receio de errar: do mesmo modo que a liberdade individual não pode sofrer limitações injustas pelo reconhecimento do mesmo direito aos outros indivíduos que vivem em sociedade sob o mesmo poder social, assim também esta liberdade não deixa de exercer-se quando sai do círculo da sociedade e se expande exteriormente no seio de outros povos ou nações. Em verdade, estes direitos de ordem privada pertencem aos homens, como tais, e não como membros de uma sociedade política. Todos os homens são iguais por direito e por natureza, sem distinção de país, de limites territoriais, e de formas de governo. Há mais: quando se considera o conjunto destas qualidades individuais no meio da vasta sociedade internacional, descobrem-se outras razões

para justificar a sua liberdade de acção no território dos povos estrangeiros. É principalmente nas relações de direito privado que se revela o espírito e o carácter nacional; porque, os actos e costumes que dependem da livre espontaneidade dos seus agentes, as leis de cada povo com o seu carácter de pactos tácitos entre as famílias que o compõem, repousam por vezes simplesmente sobre os costumes, hábitos e tradições domésticas.

«O clima, a temperatura, a situação geográfica, montanhosa ou marítima, a natureza e a fertilidade do solo e, além disso, a diversidade das necessidades e dos costumes, determinam em cada povo, com uma preponderância quasi completa, o *sistema das relações jurídicas*. Determinam até, em maior ou menor grau, a precocidade do desenvolvimento físico e moral, a organização das relações de família, as ocupações preferidas, o género de negócios e de relações comerciais mais frequentes. Por estes motivos, também o estado e a capacidade pessoal no direito privado das diferentes nações devem diferir segundo a diversidade das condições. Não poderiam desconhecer-se estas diferenças sem fazer violência à natureza e sem destruir os seus efeitos com uma flagrante injustiça. A idade pode ser citada como exemplo.

«Não deve considerar-se como uma concessão arbitrária e benevolente do legislador que o estrangeiro que chega ao seu território aí conserve o seu estado pessoal e a sua capacidade jurídica. Que injusta pretensão não seria exigir o contrário?

«O indivíduo vindo dos países frios, onde a natureza é morosa e o desenvolvimento das faculdades físicas e morais tardio, deve, com razão, ficar, segundo as leis do seu país, no estado de menoridade e de incapacidade por um período mais longo do que o estaria segundo as leis de um país quente, vivificado pelo sol do meio-dia. Se, viajando, chegar aos países do sul da Europa ou da África e aí fixar a sua residência, terá adquirido instantaneamente por esse facto as qualidades físicas e morais que lhe faltam para que se lhe apliquem as condições de maioridade estabelecidas pelas leis vigentes nesses países?

«Destas considerações deriva uma verdade luminosa e fecunda. Assim como, nas relações de simples direito privado, no interior de cada Estado, o *princípio de liberdade* que protege a autonomia legítima e inviolável do indivíduo traça um limite ao poder político e legislativo do Governo, assim também o *princípio de nacionalidade* traça um limite análogo entre as pessoas estrangeiras pertencentes a diferentes povos ou Estados. A razão disso está na autonomia individual e reciproca, autonomia legítima e inviolável. E como o direito de nacionalidade, que pertence ao povo, não é substancialmente diferente da liberdade que pertence aos indivíduos, segue-se que o indivíduo pode reclamar das nações e dos Estados, em nome do princípio de nacionalidade estrangeira, o mesmo respeito

para o seu património de direito privado que êle reclama do seu próprio Estado e dos seus concidadãos. Esta garantia e êste respeito são, pois, um acto de estrita justiça; são, como dissemos, um dever inviolável. Êste dever resulta de um princípio mais elevado do que a cortesia ou a benevolência mútua dos Estados, ou a utilidade e os interesses de uma nação, ainda que esta utilidade e estes interesses resultem da observância rigorosa dêsse dever.

«Um exame atento, conduz, todavia, a distinguir no *direito privado* duas partes, uma *necessária* e outra *voluntária*. Chamamos parte *necessária* as leis que regem o *estado pessoal*, a *ordem da sucessão* e as *relações de família*. Com efeito, não depende da vontade do homem alterar ou modificar esta parte necessária. Ninguém pode renunciar ao estado e às relações de família que lhe são atribuídas pela lei do seu país. O estado das pessoas e da família constitui um conjunto de atributos e de qualidades que não são próprias a toda a pessoa humana, mas aos indivíduos pertencentes a uma nacionalidade determinada. Atribuir a uma pessoa a nacionalidade italiana, francesa ou alemã, é, com efeito, despertar ao mesmo tempo a idea de todos os direitos pessoais e relativos à organização da família que pertencem a todos os indivíduos que compõem cada uma dessas nacionalidades. Um homem poderá mudar de nacionalidade, aceitando a nacionalidade de outro país, mas não poderá conservá-la e rejeitar-lhe as condições, porque estas são como que o espelho que reflecte a sua própria nacionalidade. Se, pois, um inglês, um italiano ou um francês devesse, ao chegar a outro país, despojar-se na fronteira dos direitos que derivam da sua própria nacionalidade para adquirir os que derivam da nacionalidade do país onde os seus negócios ou os seus interesses o chamam, dar-se-ia um primeiro inconveniente: êste sistema criaria muitas vezes graves obstáculos a uma das primeiras faculdades que pertencem ao homem, a de se estabelecer onde deseje, sem ser obrigado a comprar esta faculdade pelo preço excessivamente caro do sacrificio dos direitos *de pessoa e de família* que derivam da sua própria nacionalidade. Além disso, se assim fôsse, já não seria verdade que as diferentes nacionalidades obtêm da parte dos Estados estrangeiros o respeito a que têm direito, pois seriam desconhecidos os direitos nacionais e as prerrogativas jurídicas das pessoas revestidas destas nacionalidades. Ora trata-se aqui desta parte do direito privado cujo reconhecimento é rigorosamente obrigatório. Se o estrangeiro não pode renunciar ao seu *estado*, despojando-se dêle, do mesmo modo os governos que o acolhem devem recebê-lo com êste estado ou rejeitá-lo.

*Veremos na parte especial do nosso trabalho que a esta categoria de direitos necessários deve ligar-se mesmo o direito *de sucessão legítima*, no que toca à *ordem da sucessão* e às *pessoas capazes de succeder*, que devem continuar até certo

ponto a pessoa do autor da herança e recolher o seu *universum jus*, isto é, um património inteiro considerado como uma unidade ideal e de uma extensão indeterminada, os *limites da quota disponível*, e as *condições da validade intrínseca dos actos de última vontade*. Estas matérias têm, em verdade, um laço tão estreito com as relações de família, que podem ser consideradas como sua emanção.

«Há uma outra parte do direito privado do estrangeiro que diz respeito aos bens e ao seu gozo, à formação dos contratos, às obrigações e a coisas semelhantes. Dode chamar-se — o que é efectivamente — a parte *voluntária* do direito privado. Na esfera destas relações, o individuo pode conformar-se com a sua lei nacional se assim lhe aprouver; pode mesmo, quando se trate de factos que não afectem a ordem pública, conformar os seus actos com regras diferentes das estabelecidas pelas suas leis nacionais. Estas regras não fazem mais do que suprir o silêncio das partes. Estas podem submeter-se às regras formuladas nas leis de países estrangeiros. Neste caso, o direito internacional reduz-se muitíssimas vezes a suprir, e algumas vezes a presumir a sua vontade.

«Porque deverá deixar-se ao estrangeiro a faculdade de se submeter ou não a esta parte do seu direito nacional privado? Porque se deve respeitar a sua liberdade, enquanto ella é inofensiva e enquanto o Estado não tem qualquer interesse em impedir o seu exercicio.

«Quando, por outro lado, se passa da consideração destas relações de ordem privada à das relações de *ordem pública*, descobre-se um carácter inteiramente diferente nos factos que se apresentam à nossa observação e nas suas conseqüências jurídicas. O *direito privado* pode considerar o homem como um ser dotado de faculdades individuais e ligado por meio de relações jurídicas independentes do território que habita e da nação estrangeira onde quere estabelecer-se, ao passo que o *direito público* põe o individuo em relação com êste agregado de homens que, nos limites de um território determinado, estabelece as condições em que todos devem submeter-se à *soberania política*. Neste território, a vontade nacional estabelece a constituição, a organização dos poderes públicos, a extensão e os limites do seu exercicio, as relações com os individuos, quem quer que êles sejam, que habitam o território, as regras gerais da sua acção política, enfim as proibições e prescrições julgadas necessárias à propriedade da vida social. O conjunto destas leis constitui precisamente o que se chama o *direito público* de um Estado: sistema organizado de meios necessários para proteger o Estado contra os seus inimigos internos e externos, e para garantir a todos os habitantes o gozo pacifico dos seus direitos. Vê-se com razão nesta instituição uma espécie de expropriação legítima que o Estado faz da liberdade pessoal dos individuos por êle protegidos.

«Consideramos, pois, necessárias também as relações essenciais da ordem pública, as condições que a constituem, enfim os sacrificios individuais exigidos pelo estabelecimento de um poder público forte e tutelar, que se chama soberania ou governo. E como a garantia e a protecção do Estado respeitam aos direitos de todos os que habitam o território, é justo que todos se sujeitem a tais sacrificios.

«Donde resulta que, se de um lado, o indivíduo fora do seu país pode reclamar de toda a soberania estrangeira, na sua qualidade de homem e em nome do princípio da nacionalidade, o reconhecimento e o respeito do seu *direito privado nacional*, o poder soberano de cada Estado estrangeiro pode, por outro lado, em nome do princípio da *independência política* do Estado, proibir, dentro do seu território, toda a infracção ao seu *direito público*, à *ordem pública* do país, tal como ela foi constituída pela vontade nacional. E' pois com justa razão que o Estado se recusa a reconhecer ao estrangeiro toda a qualidade ou toda a faculdade que represente uma lesão do direito público do país onde recebe hospitalidade, e o obriga a observar todos os regulamentos e todas as disposições das leis de ordem pública e de policia, meios de manter a ordem e a paz pública. E, reciprocamente, o poder soberano do país do estrangeiro pode, mesmo sobre matérias que respeitam ao direito público e à ordem pública, recusar todo efeito a actos realizados em país estrangeiro, quando lesem a sua ordem pública, ainda que no país onde foram realizados sejam considerados legítimos e permitidos. Em poucas palavras, em virtude do direito geral de igualdade e de independência nacional, deve cada Estado ser considerado como tendo o poder absoluto de defender o seu direito público, tal como elle o concebeu e formulou, sem que a isso possam obstar quaisquer influências estranhas, quer particulares, quer emanadas dos governos estrangeiros».

«Os breves traços que apresentámos bastam para indicar a economia do sistema e os elementos de que se compõe. A nosso ver, o *direito civil privado* é pessoal e nacional e, como tal, deve acompanhar a pessoa mesmo fora da sua pátria; o direito público, pelo contrário, é territorial; paira sobre o território e sobre todos os que o habitam, indígenas ou estrangeiros, sem distincção» (1).

Tal é o sistema de Mancini no seu desenvolvimento e na sua síntese. Em vez de uma paráfrase, preferimos transcrever as suas próprias palavras, pois, embora a transcrição seja um pouco longa, o sistema aparece nitidamente nos seus fundamentos e na sua organização. A liberdade raiz da nacionalidade, a nacionalidade principio informador do direito privado, este desdobrando-se em necessário e voluntário, o necessário

nacional e exterritorial, e o voluntário dominado pelo principio da autonomia da vontade, de modo que as relações jurídicas de direito privado são reguladas ou pela lei nacional ou pela lei escolhida pelos interessados, mas tudo isto com o limite das leis de ordem pública do Estado local. Contudo, até onde o permitam as exigências da ordem pública, a *comunidade de direito* existente entre os Estados exige que estes apliquem a lei nacional das pessoas ou a lei por estas escolhidas na apreciação das relações de direito privado, não por uma razão de cortesia ou de benevolência, mas por virtude de um verdadeiro dever juridico.

» 98 — Depois de haver delineado o seu sistema, Mancini define os principios que presidem à sua organização, nestes termos: «O sistema completo resulta da acção de três principios: a liberdade, a nacionalidade, a soberania ou a independência política. Estes principios coexistiriam em toda a sua actividade se se adoptasse como idea principal, para a solução dos conflitos de direito internacional privado, o principio seguinte: cada legislador deve reconhecer sem reservas o direito privado do estrangeiro dentro do seu território e, pelo contrario, deve recusar toda a efficacia às leis que estejam em contradição com o direito público ou que possam perturbar a ordem no mesmo território.

«O legislador presta homenagem ao principio da *nacionalidade* e cumpre um rigoroso dever, quando reconhece, no seu território, a efficacia das leis que regulam a *pessoa, a familia e a successão*, emquanto isso não ofenda a constituição politica e a ordem pública do país. O legislador respeita o principio da *liberdade*, emquanto não embaraçar com as suas leis o exercicio da liberdade inofensiva do estrangeiro e quando lhe reconhecer a faculdade de escolher a legislação e a regra de direito a que quer submeter todos os seus actos em outras matérias do direito internacional privado. Em ultimo lugar, o legislador salvaguarda o direito de *soberania* e de independência politica, quando sujeita o estrangeiro, do mesmo modo que os nacionais, às leis penais do territorio e às leis de ordem pública do país, isto é, ao respeito mais escrupuloso do seu direito politico» (1).

99 — Sobre os três principios — da *nacionalidade*, que conduz à applicação exterritorial das leis relativas ao estado e capacidade, às relações de familia e às successões, — da *liberdade*, que conduz à applicação das leis expressa ou tácitamente escolhidas pelas partes, — e da *soberania*, que conduz ao *limite* de applicação das leis estrangeiras, organizou Mancini e, com elle, a escola italiana

(1) Clunet, 1874, pág. 221 e 291 a 297.

(1) Obr. cit., pág. 298.

em geral, a teoria da resolução dos conflitos de leis. Numa fórmula expressiva, a doutrina italiana poderia indicar-se assim: Os conflitos das leis privadas resolvem-se, em regra, pela aplicação da *lei nacional* das pessoas, salvas as limitações derivadas da *autonomia da vontade* e da *ordem pública internacional*. Leis pessoais de aplicação exterritorial, leis sujeitas à autonomia da vontade, cuja competência depende da escolha expressa ou tácita das partes, e leis de ordem pública, de aplicação territorial, tal é, fundamentalmente, o esquema da escola, que, no seu desenvolvimento, dá estas regras de competência legislativa: a) O estado e capacidade das pessoas, os direitos de família e as sucessões são regulados pela lei nacional; b) os bens e as obrigações são regulados pela lei expressa ou presuntivamente escolhida pelos interessados; c) a lei nacional competente e a lei escolhida pelas partes têm o seu justo limite nas leis de ordem pública do Estado onde pretendam aplicar-se.

100—Depois da doutrina de Savigny, da qual, no fundo, é uma continuação, a escola italiana foi a doutrina que maior influência exerceu na evolução científica e legislativa do direito internacional privado. O princípio da nacionalidade, como elemento informador da lei pessoal, dominou a generalidade dos escritores que, na Europa continental, têm escrito sobre aquele ramo das ciências jurídicas, tem sido o princípio sempre adoptado pelo Instituto de direito internacional, assim como pelas conferências da Haia de direito internacional privado, e muitas são as legislações que o têm consagrado, devendo apontar-se, designadamente, o Código civil italiano, cujos artigos 6.º a 12.º do título preliminar são, pode dizer-se, em grande parte, a transcrição legislativa dos princípios da escola, o Código civil espanhol, a lei congoleza de 1891, a lei de introdução do Código civil alemão, a lei japonesa de 1898, o dahir marroquino de 12 de agosto de 1913, que definiu a condição dos franceses e dos estrangeiros no protectorado francês em Marrocos, e, finalmente, o Código civil brasileiro.

Igual fortuna teve o princípio da autonomia da vontade, que Mancini pôs em relêvo com o seu *direito privado voluntário*, e que a doutrina e o direito positivo aceitaram e até exageraram.

O limite das leis de ordem pública é um conceito quasi constante na doutrina e um conceito constante no direito positivo, jurisprudencial ou legislado, podendo dizer-se, no momento actual, um elemento de constituição do direito internacional privado.

A grande inovação, porém, da escola italiana foi a consagração da lei nacional como lei pessoal. Como Savigny, Mancini aceitou a ideia de que a lei pessoal devia determinar-se em harmonia com a natureza das coisas, mas mostrou que, com a natureza das coisas, estava em harmonia a lei nacional,

e não a lei do domicílio. Foi essa inovação o traço distintivo da escola italiana e que a ela tem associado a grande maioria dos internacionalistas (1).

101—*Sistema de Antoine Pillet*. 1—*Principios*. Primeiro no *Journal de droit international privé* (2), e depois nos *Principes de droit international privé* (3), formulou o sábio professor da Faculdade de Direito de Paris um sistema de resolução dos conflitos de leis cheio de originalidade e de sugestiva atracção, que mereceu à crítica uma discussão profunda e que é digno de ser estudado, para se conhecerem as suas inovações e o valor que estas podem ter na constituição progressiva do direito internacional privado.

Como Savigny e Mancini, Pillet coloca-se no ponto de vista da comunidade de direito, pois, como êle mesmo afirma, as regras em que traduz o seu sistema tendem à realização mais completa possível da comunidade de direito (4). E, de resto, é o que resulta da estrutura do mesmo sistema.

Ainda como Savigny e Mancini, considera a aplicação das leis estrangeiras um dever jurídico e não um simples acto de cortesia internacional. Também resulta da estrutura do sistema. Eis como Pillet architecta a sua teoria.

Começa por determinar as *qualidades* que deve revestir a *lei internacional*, isto é, um *bom sistema de resolução dos conflitos de leis*, destinado a fixar os limites da autoridade respectiva das diferentes legislações, sempre que o comércio internacional determine um conflito entre os seus princípios, qualidades que são, a seu ver, as condições de existência de um *acto internacionalmente justo*, isto é, de um acto internacionalmente válido, no sentido de ser válido e produzir efeitos em toda a extensão da comunidade internacional (5).

Essas qualidades são: 1.º a *certeza*, pela fixação de princípios suficientes para facilitar a missão dos juizes e garantir a segurança das partes (6); 2.º o *carácter obrigatório*, pela sujeição dos Estados e dos indivíduos àqueles princípios, sujeição que, na fase actual da sociedade dos Estados, em que ainda falta um verdadeiro legislador internacional, somente se obterá com o mútuo respeito das soberanias interessadas, coordenado com o princípio da aplicação da *lei mais compe-*

(1) Sobre o desenvolvimento e vicissitudes da escola italiana, cujas nuances não podemos indicar, dada a indole elementar d'êste trabalho, vide: Cattellani, ob. cit., II, pág. 171 e seg.; Von Bar, ob. cit., §§ 28 e 29.

(2) Paris, 1905.

(3) Vide: 1894, pág. 417 a 455 e 711 a 754 1895, pág. 241 a 259 e 929 a 952, e 1896, pág. 5 a 50.

(4) *Principes*, n.º 216 e seg.

(5) Ob. cit., n.º 61.

(6) Ob. cit., n.º 48.

rente para regular uma determinada relação jurídica ⁽¹⁾; 3.º) o maior respeito possível das leis nacionais na ordem internacional, de modo que, na resolução de um conflito de leis, apenas se sacrifique de cada lei nacional o que for indispensável para a justa conciliação das soberantias ⁽²⁾.

Assim determinadas as qualidades gerais que deve ter uma lei internacional capaz de atribuir à resolução de um conflito de leis o valor de um acto internacionalmente justo, no sentido acima determinado, procura Pillet formular um sistema de resolução dos conflitos de leis que possa conduzir à organização de uma lei internacional com tão justos caracteres e com tão eficaz resultado.

A ideia mais geral que serve de ponto de partida para a construção do sistema é que uma solução justa dos conflitos de leis deve derivar da natureza da lei, como expressão da vontade soberana do legislador, pois que, nascendo os conflitos de leis da pluralidade de legislações, estudar na lei os caracteres do acto de legislação e procurar manter na lei considerada nas relações internacionais as qualidades que ela tem nas relações interiores, é o processo mais seguro para chegar ao terreno comum em que a solução dos conflitos de leis poderá ser obtida ⁽³⁾.

Posta esta ideia, determina o autor a extensão da aplicação das leis na sua acção interior, e nas relações internacionais, isto é, na harmonia a estabelecer entre as nações. Sob o primeiro aspecto, todas as leis são territoriais e extraterritoriais: territoriais ou de aplicação geral a todos os indivíduos que se encontrem no território do Estado legislador; extraterritoriais ou de aplicação permanente a todos os súbditos, a quem elas se dirigem até à sua abrogação. Sob o segundo aspecto, porém, ou não de ser territoriais, isto é, aplicáveis indistintamente aos nacionais e estrangeiros que se encontrem no território, ou extraterritoriais, quando acompanhem os súbditos do Estado legislador no estrangeiro e, reciprocamente, deixem de aplicar-se aos estrangeiros no território do Estado legislador. Nas relações internacionais, a lei tem de sacrificar uma das suas qualidades, ou a generalidade ou a permanência. Sacrificando a generalidade, é extraterritorial e acompanha os nacionais em país estrangeiro; sacrificando a permanência, é territorial e aplica-se só aos indivíduos que estiverem dentro do território do Estado legislador, mas aplica-se a todos que aí se encontrem. O problema dos conflitos de leis está, pois, em determinar as leis que devem ser consideradas territoriais e aquelas que devem tornar-se extraterritoriais ⁽⁴⁾.

(1) Ob. cit., n.º 50.

(2) Ob. cit., n.º 60.

(3) Ob. cit., n.º 107.

(4) Ob. cit., n.ºs 108 a 110.

Para atribuir a uma lei a qualidade de territorial ou extraterritorial, julga Pillet que o melhor critério a seguir é atender ao efeito social da mesma lei. E assim deverá a lei ter uma ou outra qualidade, segundo seja a territorialidade ou a extraterritorialidade que melhor assegure o seu efeito útil e a sua função social ⁽¹⁾.

A função social da lei determina-a pelo fim a que a lei é destinada, isto é, pela necessidade social a que ela pretende dar satisfação, pois que o fim procurado é na realidade a alma da lei, é toda a lei, visto esta não ter em si mesma a sua razão de ser, mas sim no fim social que realiza. «E', pois, escreve, a consideração do fim da lei que vai guiar-nos na solução a dar aos conflitos que se apresentarem. Em cada caso, procuraremos determinar qual é das duas qualidades territorialidade ou extraterritorialidade a que melhor se acomoda ao fim das leis em conflito. A solução assim encontrada impôr-se há por um duplo título, porque corresponde à natureza da lei e porque é a única obrigatória para os Estados» ⁽²⁾. Se estes se devem o respeito mútuo da sua soberania e das suas leis, devem por certo acatar as soluções que melhor assegurem a função social das mesmas leis. «A nossa doutrina, acrescenta, consiste em dar em cada caso a preferência à lei que melhor corresponder ao fim da instituição jurídica de que se trata, em escolher a lei pessoal das partes quando o fim social da lei require sobretudo que este seja permanente, e a lei do território onde o acto se houver passado quando o fim da lei exige a generalidade da sua aplicação» ⁽³⁾.

102 — Assente o princípio de que um sistema justo de resolução dos conflitos de leis deve assentar na análise da natureza das leis, determinada pelo seu fim, faz o autor uma classificação das leis segundo o seu fim social ⁽⁴⁾.

Essa classificação resulta da missão prática dos legisladores, que é disciplinar a vida dos indivíduos em sociedade, realizando o acôrdo dos interesses divergentes que ela reúne e aproxima em um só grupo. Estes interesses são de duas espécies — os interesses sociais comuns a todos os membros da sociedade e os interesses individuais, que variam de pessoa para pessoa e constituem o património de cada um. Todos estes interesses devem ser protegidos e garantidos por maneira, que nem o indivíduo seja sacrificado à sociedade, nem a sociedade sacrificada aos indivíduos, e antes se estabeleça uma fórmula de justo equilíbrio que realize a coordenação entre os di-

(1) Ob. cit., n.ºs 118 e seg.

(2) Ob. cit., n.º 120.

(3) Ob. cit., n.º 125.

(4) Ob. cit., n.ºs 150 e seg.

reitos de todos e de cada um. Consequentemente, a lei tem um de dois destinos, ou proteger os indivíduos ou garantir a ordem social, e por isso as leis se dividem naturalmente em *leis de protecção individual e leis de garantia social* ou *leis de ordem pública*, segundo atendem ao interesse *impessoal* da colectividade ou ao interesse *pessoal* de cada um.

Mas a protecção, quer dos indivíduos, quer das colectividades, só será eficaz quando constante e quando constantemente se possa tornar efectiva, e portanto as leis de protecção individual somente preencherão o seu fim quando acompanhem os indivíduos na sua mudança de país, quando sejam de aplicação *permanente*, quando sejam *exterritoriais*, e as leis de garantia social somente assegurarão a ordem pública quando obrigatórias para todos, nacionais ou estrangeiros, os que se encontrem no território, quando sejam de aplicação *geral*, quando sejam *territoriais*.

Para Pillet, são leis de protecção individual as leis respeitantes ao estado e capacidade das pessoas, às relações de família, às sucessões e às doações ⁽¹⁾, e são leis de garantia social as leis políticas, as leis morais, as leis de segurança, as leis relativas à propriedade, as leis de crédito público, as leis relativas à execução forçada e à falência, as leis fiscais e as leis de ordem ⁽²⁾.

A lei de protecção individual competente é a lei nacional do individuo, não pela razão invocada por Mancini de que a lei nacional é a que está mais de harmonia com as condições pessoais do individuo, mas pelo motivo de que é o Estado a que o individuo pertence que tem o direito de o proteger nas relações internacionais ⁽³⁾; e a lei de garantia social competente é a que melhor realizar o fim social que o legislador se propôs ao regular a respectiva relação jurídica ⁽⁴⁾.

Esta classificação das leis, com a respectiva qualificação de exterritoriais ou territoriais, completa os elementos fundamentais da teoria de Pillet. Na ordem internacional, não podem as leis conservar a sua dupla qualidade de permanência e de generalidade; a construção de uma teoria de conflitos de leis exige o sacrificio de algumas dessas qualidades; deve ser sacrificada a lei de função social menos útil; nas de protecção individual, deve preponderar a permanência e, nas de garantia social, vencer a generalidade; o conflito de leis resolve-se, assim, pela natureza da lei, determinada pelo seu fim social.

E na doutrina de Pillet a exterritorialidade das leis de protecção individual e a territorialidade das leis de garantia social

não têm o valor de uma regra e de uma excepção, mas são duas regras paralelas de igual valor. «Não temos uma regra e uma excepção, como queria a escola italiana, mas duas regras paralelas, fundadas no mesmo principio, dotadas do mesmo valor» ⁽¹⁾.

Ainda Pillet considera, ao lado das leis de protecção individual e de garantia social, que são as verdadeiras leis, enquanto obrigam as pessoas à prática ou omissão de determinados actos, dois outros grupos de leis: 1.º as *leis supletivas* ou *interpretativas*, que são antes leis de *conselho* do que leis de *ordem*, e deixam ao individuo a liberdade de as seguir ou não, segundo a sua preferência, uma vez que manifeste a sua vontade em harmonia com as formalidades estabelecidas, a respeito das quais segue o principio da autonomia da vontade, formulado por Dumoulin e seguido depois geralmente pelos internacionalistas ⁽²⁾; 2.º e as *leis de forma*, a que assinala uma natureza intermediária entre as leis obrigatórias e as leis facultativas, já que a forma, na generalidade dos casos, apenas interessa à prova do direito e não à sua existência, e para cujo regime internacional adopta o principio *locus regit actum*, com carácter facultativo, principio também já formulado nos sistemas anteriores ⁽³⁾.

103— Eis o sistema de Pillet nas suas linhas gerais. Ninguém deixará de ver nele uma síntese dos elementos já criados para a constituição da teoria dos conflitos de leis e alguns elementos novos relativamente ao problema fundamental do direito internacional privado.

Para Pillet, como para os estatutários, nem todas as leis podem ser territoriais, pois que isso é contrário à estabilidade necessária à condição jurídica das pessoas, pelo que deve haver um estatuto pessoal dotado de exterritorialidade: mas, como, em geral, para os representantes das doutrinas da comunidade de direito, a exterritorialidade, e portanto o reconhecimento e aplicação das leis estrangeiras, não representam um acto de cortesia, um favor do Estado local, mas uma obrigação jurídica derivada de um principio de justiça, que domina as relações dos Estados civilizados; como para Savigny, a natureza das relações jurídicas deve ser o guia na resolução dos conflitos de leis, e as exigências do interesse geral do Estado local devem restringir a aplicação das leis estrangeiras; como para a escola italiana, deve assegurar-se ao individuo a necessária protecção nas relações internacionais, para elle exercer eficazmente a sua actividade; finalmente, como a generalidade dos escritores, acelta o principio da autonomia da vontade na esfera das leis interpre-

(1) Ob. cit., n.ºs 160 e seg.

(2) Ob. cit., n.ºs 191 e seg.

(3) Ob. cit., n.º 145.

(4) Ob. cit., n.ºs 202 e seg.

(1) Ob. cit., n.º 156

(2) Ob. cit., n.ºs 115 e 225 e seg.

(3) Ob. cit., n.ºs 116 e 251 e seg.

tativas, e o princípio *locus regit actum* para regular a forma externa dos actos.

Mas Pillet, em divergência: com a doutrina dos estatutos, não quer a personalidade como uma excepção, mas como uma regra do direito internacional privado; com Savigny, não se contenta com a idea, que lhe parece vaga, da natureza da relação jurídica, e determina a competência da lei pelo seu fim, já que a lei não existe senão em vista do seu fim social; com a escola italiana, não aceita a personalidade das leis como *regra* da teoria dos conflitos de leis, com *excepções* fundadas nas exigências da soberania e na autonomia da vontade, mas concebe a extraterritorialidade das leis de protecção individual e a territorialidade das leis de garantia social como *duas regras* paralelas, ambas tendentes à realização da comunidade de direito, e, ainda em divergência com a escola italiana, não baseia a extraterritorialidade da lei nacional, como lei pessoal, na coordenação das leis privadas com as condições da nacionalidade, mas no direito que ao Estado cabe de formular as leis de protecção dos seus nacionais, como lhe cabe o direito de os proteger nas relações internacionais (1).

Duas são fundamentalmente as inovações do sistema de Pillet: o fundamento assinalado à extraterritorialidade da lei nacional como lei pessoal, e o carácter que atribui às leis de ordem pública.

Mancini havia dado como razão da extraterritorialidade do direito privado necessário a íntima relação que existe entre esse direito e as condições de existência da nacionalidade, como homogeneidade das condições de existência social, ao passo que Pillet a funda no direito que ao Estado cabe de proteger os seus nacionais em país estrangeiro.

Savigny e Mancini consideraram as leis de ordem pública como um *limite* à comunidade de direito, ao passo que Pillet considera-as como um *elemento* da comunidade de direito. Com efeito, no seu sistema, o acto praticado em qualquer Estado em harmonia com uma lei de ordem pública deve ser válido em toda a parte, assim como deve ser nulo em toda a parte o acto praticado num Estado contra as suas leis de ordem pública, o que equivale a dizer que os Estados devem aplicar as leis de ordem pública dos Estados estrangeiros, e que portanto estas são elemento da comunidade de direito, pois por elas se realiza a *unidade de regime* das relações jurídicas.

A seu tempo procuraremos medir o valor e o alcance das inovações do sistema. Será quando traçarmos as linhas gerais da doutrina que, em nosso critério, deve seguir-se na resolução dos conflitos de leis.

(1) Ob. cit., n.º 308.

104 — Se quisermos inventariar os resultados da elaboração doutrinária do princípio do reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras, verificamos: 1.º) que todas as doutrinas admitiram a existência de leis de competência ou de aplicação extraterritorial, para regular relações jurídicas que se encontram em contacto com leis diferentes; 2.º) que as doutrinas estatutárias reconheceram já leis de *competência personalizada*, no sentido de leis que acompanham a pessoa onde quer que ela se encontre e que dominam os seus actos onde quer que eles sejam praticados, leis que constituíam o *estatuto pessoal*, o qual abrangia o estado e a capacidade das pessoas e tendia a estender-se às relações de família e às sucessões; 3.º) que a doutrina de Savigny deu claramente o carácter normal de leis pessoais a todos os três grupos de leis respeitantes ao estado e capacidade, às relações de família e às sucessões; 4.º) que, com a concepção do estatuto mixto da escola holandesa como lei de competência territorial e efeito extraterritorial, começou a desenvolver-se o conceito de *leis de competência localizada*, as quais a doutrina de Savigny pôs em manifesta evidência, com os seus princípios acerca da lei reguladora dos direitos reais, das obrigações e da forma dos actos, pois essa lei, uma vez fixada a sua competência pelo lugar da situação dos bens, pelo lugar da execução da obrigação ou pelo lugar da celebração dos actos, devia ser aplicada pelos tribunais dos outros Estados, revestindo assim *efeito extraterritorial*; 5.º) que, a partir de Dumoulin, se reconhece aos agentes dos actos jurídicos a facultade de escolher a lei reguladora da substância e efeitos dos mesmos actos, o que significa a aceitação de *leis de competência voluntária*; 6.º) que a doutrina de Savigny, ao mesmo tempo que proclamou o princípio da aplicabilidade das leis independentemente da sua nacionalidade, para a realização da comunidade de direito, formulou o princípio do *limite* da aplicação das leis estrangeiras quando contrárias às leis locais de ordem pública, o que, de algum modo, substituiu o princípio da territorialidade das leis naquilo que esse princípio tinha de aceitável; 7.º) que todas as doutrinas, reconhecendo a aplicabilidade das leis estrangeiras, conduzem à admissão de uma certa *comunidade de direito*, a qual, com Savigny, passou a ser o princípio de orientação dos sistemas doutrinários da resolução dos conflitos de leis que se afastaram das doutrinas estatutárias; 8.º) que, a partir da doutrina de Savigny, a aplicação das leis estrangeiras tem sido baseada numa razão de justiça, tendo sido posta de parte a teoria da cortesia internacional; 9.º) que os sistemas de conflitos de leis têm evoluído no sentido de fixar, por um lado, a *lei reguladora dos elementos da relação jurídica em geral* e, por outro lado, o *regime jurídico internacional especial das instituições do direito privado*, estabelecendo a lei reguladora dos direitos de crédito, dos direitos reais, das relações de família e das sucessões.

Até onde deverão ser assimilados estes resultados na constituição de uma teoria positiva dos conflitos de leis?

Vê-lo hemos nos parágrafos seguintes.

105—A renovação científica da teoria dos conflitos de leis operada pelas doutrinas da comunidade de direito teve a sua natural repercussão em Portugal, guiando-se pela nova orientação a maior parte dos escritores que, a partir do começo da segunda metade do século XIX, têm escrito sobre direito internacional privado. Esses escritores foram os Drs. Lucas Falcão, Guimarães Pedrosa, Veiga Beirão, Teixeira de Abreu, Marnoco e Sousa e José Alberto dos Reis.

O Dr. Lucas Falcão, que foi o primeiro juriconsulto que, em Portugal, escreveu *ex professo* sobre direito internacional privado, expôs as suas ideias na sua dissertação inaugural, publicada em 1868 e intitulada *Do direito internacional privado*. Nesta obra, certamente interessante para a época em que foi escrita, lêem-se estas passagens; «Rejeitando, pois, como insuficientes, os princípios da benevolência e da utilidade, em que aqueles autores pretendem fundamentar a aplicação das leis estrangeiras, entendemos, com outros muitos, que ela se funda antes no desenvolvimento próprio do direito...»; «parece-nos que o moderno legislador português teria feito bem inserindo no Código civil um artigo onde estabelecesse de um modo categórico que as causas submetidas à decisão dos tribunais portugueses seriam julgadas na conformidade das leis estrangeiras, quando a natureza das mesmas causas assim o exigisse» (1). E' claramente a doutrina de Savigny. Não deixaremos, porém, de lembrar que o Dr. Lucas Falcão não seguiu em tudo Savigny, dele se desviando, por exemplo, na determinação da lei pessoal, aceitando a competência da lei nacional (2).

O Dr. Guimarães Pedrosa, também na sua dissertação inaugural, publicada em 1878, que é um trabalho notável e tem o título *Introdução ao estudo do direito privado internacional*, escreve, ao estabelecer as bases de uma teoria do direito internacional privado: «Nas poucas palavras que vão lêr-se, facilmente se notará a directa influência que em nosso modo de pensar tiveram o método e as doutrinas de Savigny, de Brocher, e ainda da escola italiana» (3). Ora, se atendermos a que Brocher foi um discípulo de Savigny, aceitando embora, num ponto ou noutro, os princípios da escola italiana, resulta que a obra do Dr. Guimarães Pedrosa se integra plenamente na doutrina da comunidade de direito, como ela foi organizada por Savigny e pela escola italiana. E, de resto, é o que se vê das linhas

gerais sobre as quais o autor entende que deve ser baseada uma teoria do direito internacional privado, que são fundamentalmente as seguintes: a) o gozo dos direitos civis deve ser atribuído a todos os indivíduos, independentemente da sua nacionalidade; b) as relações jurídicas, nas quais se resolve a vida jurídica, não devem ser reguladas exclusivamente nem pela *lei pessoal*, isto é, pela lei do meio jurídico de que o interessado é membro, nem pela *lei territorial*, isto é, pela lei do país onde se pretende exercer o direito, mas devem ser reguladas pela *lei competente*, determinada segundo a natureza das relações jurídicas, combinando-se devidamente o princípio da *personalidade* e o princípio da *territorialidade*, enquanto este forma especialmente uma parte integrante da organização pública do Estado como soberania política, e aquele representa a função principal nas sociedades propriamente civis.

Como se vê, a natureza da relação jurídica (Savigny) determina a competência das leis, e a lei competente será a lei pessoal, ou melhor a lei nacional (Mancini), até onde o permitir a lei territorial como garantia da organização do Estado como soberania política (Mancini).

O Dr. Francisco Beirão não escreveu um livro sobre o direito internacional privado em geral, mas uma monografia sob a rubrica—*Da letra de câmbio em direito internacional privado*, publicada em 1886. Nas ideias que formula sobre o regime jurídico internacional da capacidade cambiária, que submete à lei nacional, e das obrigações cambiárias, que sujeita ao princípio da autonomia da vontade, infer-se que aceitou fundamentalmente os princípios da escola italiana, embora se afastasse da doutrina desta escola enquanto sujeitou a *forma* da letra imperativamente à lei do lugar em que ela é emitida (1).

O Dr. Teixeira de Abreu, na sua dissertação de licenciatura, intitulada—*Das relações civis internacionais*, publicada em 1894, livro digno de ser lido, pela precisão e clareza com que expõe os princípios doutrinários e o direito positivo, declarou formalmente adoptar a orientação de Savigny, escrevendo: «Para nós a verdade está na doutrina de Savigny; é pelo estudo da natureza das relações jurídicas que deve determinar-se qual a lei aplicável a cada uma delas (2). Mas o Dr. Teixeira de Abreu também não é um discípulo ortodoxo de Savigny, desviando-se do mestre, designadamente, na determinação da lei pessoal, considerando competente a lei nacional, e não a lei do domicílio (3).

(1) Pág. 60 e 79.

(2) N.º 75, 156 e 157

(3) Pág. 245.

(1) Pág. 19, 61 e 65.

(2) Pág. 33.

(3) Pág. 37 e seg.

O Dr. Marnoco e Sousa versou em três livros questões de direito internacional privado: nos *Impedimentos do casamento* (1), nas *Letras, livranças e cheques* (2), e na *Execução extraterritorial das sentenças civis e comerciais* (3). Foi, porém, neste último trabalho que o tão grande como malogrado professor formulou o seu critério de orientação. Referindo, a propósito da execução das sentenças estrangeiras, a doutrina da comunidade de direito, como ela foi formulada e defendida por Savigny e Mancini, o Dr. Marnoco e Sousa considerou-a insuficiente para explicar a aplicação das leis estrangeiras e a executabilidade das sentenças de tribunais estrangeiros, e procurou substituir-lhe uma *teoria sociológica*, baseada na concepção das relações internacionais como elementos de um superorganismo em que a evolução da humanidade coordenou os Estados civilizados (4).

Sem querermos discutir o valor da concepção do Dr. Marnoco e Sousa acerca do organismo internacional, diremos que a consequência dessa concepção não poderia deixar de ser uma confirmação da doutrina da comunidade de direito. Em verdade, se as leis estrangeiras se aplicam e as sentenças estrangeiras se executam porque os Estados se associaram historicamente num grande organismo internacional, isso representa certamente que as leis e sentenças de um Estado devem ser obrigatórias nos outros Estados, quando essas leis sejam competentes para regular as relações jurídicas e quando os tribunais do Estado onde forem proferidas essas sentenças sejam competentes para apreciar as mesmas relações jurídicas, e portanto o direito legislado ou aplicado num Estado é, dentro de determinados limites, *comum* aos outros Estados.

Finalmente, o Dr. José Alberto dos Reis expôs a sua doutrina na sua dissertação de concurso, intitulada — *Das sucessões no direito internacional privado* (5), trabalho de mérito, pelos elementos de estudo que reuniu e pelo esclarecido critério com que os coordenou numa das melhores monografias que, entre nós, têm sido publicadas sobre o direito internacional privado. Também abertamente perfilha a orientação de Savigny, como se vê desta passagem: «O que importa é fixar um critério que, na complicação das várias hipóteses e na multiplicidade das relações jurídicas a regular, nos habilite a chegar à determinação da lei competente. Esse critério não pode, em nosso entender, ser outro senão o indicado por Savigny, que o formula nos seguintes termos: «determinar para cada relação jurídica o

domínio de direito a que pertence pela sua natureza». Por outras palavras, a determinação da lei competente para regular uma relação jurídica qualquer deve basear-se no estudo da natureza íntima dessa relação» (1). Seguindo embora Savigny, o Dr. Reis desvia-se também do mestre reconhecendo competência, para regular a sucessão, à lei nacional do autor da herança, e não à lei do seu domicílio, como entendeu Savigny.

De modo que, nos escritores portugueses que aceitaram a orientação geral das doutrinas da comunidade de direito, predomina o critério geral de Savigny, embora, na deferência da lei pessoal, aceitem, com a corrente geral da doutrina, a competência da lei nacional

(1) Dissertação de licenciatura, Coimbra, 1896, pág. 235 e seg.

(2) Coimbra, 1905, tomo 11, pág. 237 e seg.

(3) Dissertação de concurso. Coimbra, 1898.

(4) Pág. 39 e seg.

(5) Coimbra, 1899.

(1) Pág. 51.

§ III

Evolução jurídica do princípio

SUMÁRIO. 106 — Sentido da fórmula *evolução jurídica*. 107 — O princípio do reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras e o *costume internacional*. 108 — Afirmção do princípio nas *leis internas*: I O Código civil da Prússia, de 1794, como uma lei de tipo estatutário puro. 109 — II. O Código civil de Napoleão e a influência da unificação geral do direito francês sobre os seus preceitos em matéria de direito internacional privado. 110 — III. O Código civil italiano e a influência da doutrina de Mancini. 111 — IV. O Código civil argentino e a influência da doutrina de Savigny. 112 — V. O direito suíço e a associação da lei nacional e da lei do domicílio como lei pessoal. 113 — VI. A lei de introdução do Código civil alemão, a sua tendência para estabelecer regras unilaterais de conflitos de leis e a sua tendência territorialista. 114 — VII. A lei japonesa de 1898 e a sua orientação no sentido de estabelecer regras bilaterais de conflitos de leis e de aceitar a lei nacional como lei pessoal. 115 — VIII. Código civil brasileiro. O seu valor como sistema de princípios gerais de direito internacional privado. 116 — IX. Direito português. O seu modo de ser actual e as suas imperfeições. 117 — Tratados plurilaterais: I. Tratado de Lima. Associação da lei nacional e da lei do domicílio como lei pessoal. 118 — II. Tratados de Montevideo. Influência da doutrina de Savigny. 119 — III. Convenções da Haia. A organização concreta do regime jurídico internacional das instituições do direito privado, a aceitação sistemática da lei nacional como lei pessoal e a determinação específica das leis de ordem pública internacional.

106 — O princípio do reconhecimento do valor e eficácia das leis estrangeiras pelo *respeito* dos direitos adquiridos sob o império dessas leis e pela *aplicação* das mesmas leis segundo um sistema de regras de conflitos de leis, ao mesmo tempo que se afirmou como um *conceito doutrinário* no campo da ciência do direito e aí evoluiu progressivamente até à perfeição que lhe imprimiram as teorias da comunidade de direito, manifestou-se como uma *revelação dos factos jurídicos*, dominando as decisões dos tribunais, sob a forma de regras de direito constituídas pelo *costume*, pelas *leis internas* e por *tratados normativos*, concretizando-se e definindo-se cada vez melhor, já informando o estabelecimento de *princípios gerais* aplicáveis a todas as instituições do direito privado, já presidindo à organização do regime jurídico internacional de cada uma dessas instituições. Ao aparecimento e progressivo desenvolvimento do princípio no direito positivo chamaremos a sua *evolução jurídica*, que procuraremos traçar tomando por base as três fontes do direito internacional privado como elas se

coordenaram historicamente — o costume, as leis internas e os tratados normativos.

Consideramos fundamental esta investigação, como elemento de formação de uma doutrina científica do direito internacional privado, já que esta doutrina tem de assentar na análise dos factos e portanto não poderá prescindir do estudo das regras do direito positivo que têm procurado resolver os conflitos de leis. Estudando o costume, os tratados e as leis internas, que, em grande parte, foram um produto da elaboração doutrinária, estudando as doutrinas, que explicam e ensinam a aplicar as regras de direito positivo, e bem assim orientam a sua reforma, segue-se um caminho seguro para, a um tempo, evitar um *empirismo* alheio à influência científica e um *apriorismo* sem base na realidade dos factos.

107 — *Costume internacional*. Já acima mostrámos que os factos autorizavam a afirmação de que existe nos Estados civilizados a convicção jurídica comum da necessidade do reconhecimento do princípio do valor e eficácia das leis estrangeiras e da necessidade de estabelecer um sistema de regras de resolução dos conflitos de leis, e de aplicar às relações jurídicas a lei conforme a tais regras, quer essa lei seja nacional, quer seja estrangeira.

Esta convicção jurídica dos Estados civilizados indica já a orientação geral que, no direito positivo, havia de presidir à resolução do problema dos conflitos de leis. Essa orientação seria a determinação da *lei competente* para regular cada uma das relações jurídicas. Em verdade, se os Estados se convenceram da necessidade de reconhecer o valor e a eficácia das leis estrangeiras e de pôr de lado o princípio da absoluta territorialidade das leis, para, em vez dele, aplicar um sistema de regras de conflitos de leis, que tanto pode conduzir à aplicação de uma lei nacional, como à aplicação de uma lei estrangeira, essa convicção equivale ao reconhecimento do princípio de que cada relação jurídica deve ser regulada por uma lei determinada, independentemente da sua nacionalidade, o que equivale a dizer que todo o conflito de leis deve ser resolvido pela aplicação da lei competente para regular a relação jurídica que provocou o conflito, por se encontrar em contacto com leis de diferentes Estados. Mas o costume internacional não se limitou à formação pura e simples do princípio geral do reconhecimento do valor e eficácia das leis estrangeiras. Ainda dentro do costume, o princípio *concretizou-se* nestes preceitos mais ou menos definidos, que Cavaglieri inventariou e pôs em relevo a que já aludimos. a) Não é lícito a nenhum Estado atribuir-se o direito de regular pelas suas leis as relações jurídicas que, por algum elemento pessoal ou real, não estejam em conexão com essas leis, como as relações de família ou as sucessões entre estrangeiros que só transitória e acidentalmente se encontrem no seu território.

rio; *b*) o regime da propriedade imobiliária deve ser regido pela *lex rei sitae*; *c*) a competência dos tribunais e a forma do processo devem ser reguladas pela *lex fori* (1).

Estas afirmações concretas do princípio do reconhecimento do valor e eficácia das leis estrangeiras constituem elementos determinativos do *sentido evolutivo* da constituição progressiva da regra de que cada relação jurídica deve ter uma lei competente para a regular, a qual deve prevalecer sobre as demais leis com que a mesma relação jurídica se encontre em contacto. Com efeito, negar competência à lei local para regular, por exemplo, as relações de família entre pessoas que só transitariamente se encontrem no território do Estado, é já aceitar o princípio da existência de uma lei que acompanha as pessoas quando elas vão para país estrangeiro, isto é, a existência de uma *lei pessoal* com competência e valor *extraterritorial*, quer assim se considere a lei do domicílio, quer a lei nacional. É este primeiro reconhecimento da competência da lei pessoal para regular as relações jurídicas que derivam do estado das pessoas já nos indica também o meio jurídico de determinar a lei competente para regular a relação jurídica. Esse meio é um dos *elementos de conexão* da relação jurídica com as leis com que ela se encontra em contacto. Aqui toma-se como elemento de conexão determinativo da competência, não a simples presença num determinado Estado, mas a nacionalidade ou o domicílio do indivíduo. O domicílio ou a nacionalidade *decidem* da competência da lei reguladora das relações jurídicas derivadas do estado das pessoas.

Por outro lado, reconhecer a competência da *lex rei sitae* para regular a propriedade imobiliária e a competência da *lex fori* para regular a competência e a forma do processo, mostra que, para fixar a competência da *lex rei sitae* ou da *lex fori*, se atendeu ao *lugar* da situação dos bens ou ao *lugar* da propositura da acção, e que, portanto, ao lado de leis pessoais, ou leis de *competência personalizada*, se reconheceu a existência de leis de *competência localizada*, de cuja aplicabilidade *decide* a circunstância de um certo facto se verificar num determinado *lugar*.

É pois certo que o princípio do reconhecimento do valor e eficácia das leis estrangeiras tende a concretizar-se em regras de competência legislativa, que desta competência decide algum dos elementos de conexão da relação jurídica com as leis de diferentes países, e que a evolução do mesmo princípio se definiu no sentido do agrupamento das leis para o efeito da resolução dos conflitos. Esta vocação evolutiva do princípio,

(1) *L'elemento consuetudinario nel diritto internazionale privato*, pág. 40 e seg.

acentua-se e completa-se nas leis internas e nos tratados normativos, como vamos verificar a toda a evidência.

108—Leis internas. Com o fim de precisar o valor dos actos praticados pelos nacionais em país estrangeiro e de definir a situação dos estrangeiros no Estado local, formularam as leis internas regras de resolução dos conflitos de leis, aparecendo assim *definições locais* de regras de direito internacional privado (1).

A começar com o Código civil da Prússia, publicado em 1795, todos os Códigos civis estabeleceram preceitos dessa natureza, os quais deram forma concreta em cada Estado ao princípio do reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras. É cheio de interesse o modo por que se desenvolve o sistema de resolução dos conflitos de leis através dos sistemas legislativos dos diferentes Estados. Na impossibilidade de indicar todas essas leis, estudaremos as mais típicas, para definir a evolução e as tendências do princípio do reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras.

I—Código civil da Prússia (1794). Neste Código encontram-se, fundamentalmente, três regras de direito internacional privado em matéria de conflitos de leis, todas informadas pela teoria dos estatutos. Ei-las: *a*) em geral as leis aplicam-se a nacionais e a estrangeiros, tanto a respeito das obrigações que impõem como a respeito das vantagens que garantem; *b*) o estado e capacidade das pessoas são regidos pela lei do seu domicílio real; *c*) os bens móveis são regidos pela *lex rei sitae* e os imóveis pela lei do domicílio do proprietário, ou pela lei do lugar em que se encontrarem, se o proprietário tiver diversos domicílios (§§ 22.º a 32.º). Vê-se claramente que o Código adoptou o princípio da territorialidade das leis, apenas com as duas excepções indicadas a respeito do estado e capacidade das pessoas e a respeito dos bens móveis. A sua orientação é, pois, puramente estatutária, o que encontra a sua explicação na data em que appareceu.

109—II—Código civil francês (1804). Este Código contém duas ordens de disposições em matéria de conflitos de leis, ora formulando princípios gerais, ora aplicando princípios *in* ou *haver* formulado

Princípios gerais apenas os formula no artigo 3.º, assim redigido:

«As leis de policia e de segurança obrigam todos aqueles que habitam o território.

Os imóveis, mesmo os possuídos por estrangeiros, são regidos pela lei franceza.

(1) Pillet, *Principes*, n.º 32.

As leis relativas ao estado e capacidade das pessoas regem os franceses, mesmo quando residam em país estrangeiro».

Alterando a ordem por que se encontram no artigo, são estes os princípios por êle formulados: 1.º) *personalidade* das leis relativas ao estado e capacidade das pessoas; 2.º) *territorialidade* das leis relativas aos bens imóveis; 3.º) *territorialidade* das leis de polícia e de segurança.

1.º) O primeiro princípio afirma a *competência da lei pessoal* para regular o estado e capacidade das pessoas. Transparece ai claramente a influência da teoria estatutária, enquanto considerava como *estatuto pessoal tipo* o estatuto relativo ao estado e capacidade das pessoas. Contudo, o princípio estatutário foi assimilado pelo Código francês com uma lacuna e com uma modificação. A lacuna está em não determinar qual a lei reguladora do estado e capacidade dos estrangeiros em França, lacuna que contudo a doutrina e a jurisprudência têm preenchido, pronunciando-se pela aplicação da lei nacional dos estrangeiros (1). A modificação resulta da substituição da lei nacional à lei do domicílio, que era a lei pessoal, segundo a doutrina estatutária. O motivo da modificação foi duplo. Por um lado, o Código civil veio unificar o direito francês e, assim, acabar com as divergências do direito local, que eram a causa dos conflitos que a teoria dos estatutos se propunha principalmente resolver, o que fez desaparecer os conflitos na esfera do direito nacional, para só existirem os conflitos de ordem internacional. A divergência estatutária de domicílio era pois substituída por uma divergência legislativa de nacionalidade, e os dois princípios sucediam-se logicamente. Por outro lado, a subordinação dos franceses às leis do seu país em matéria de estado e de capacidade, ainda quando estivessem fora do país, era mais um meio de os conservar unidos à nação francesa. E, por tal forma, o Código Napoleão lança no campo legislativo o princípio da nacionalidade, o qual, no decorrer de um século, dominaria quasi integralmente o direito europeu e já iria informar legislações extra-europeas.

2.º) O segundo princípio foi abertamente a assimilação do *estatuto real tipo*, que era estatuto relativo ao regime dos bens imóveis.

3.º) O terceiro princípio tem sido entendido pelos juristas-consultos franceses em dois sentidos. Para uns, representa a simples afirmação da *competência territorial* das leis de polícia e de segurança, no sentido de que tanto franceses como estrangeiros são abrangidos pelas leis penais e pelas leis de polícia relativamente aos actos previstos ou unidos por essas

leis e que devem ser julgados em França, isto é, o artigo 3.º, alínea 1.ª, não faz mais do que indicar um grupo de *leis de competência localizada*, para reger as infrações ou contravenções praticadas em França. Para outros, que são o maior número, representa o preceito a consagração do princípio da *territorialidade das leis de ordem pública*, contra as quais não podem prevalecer as leis estrangeiras (1).

Em nosso entender, o princípio tem o primeiro significado, e não passa da aceitação e generalização da regra, já formulada por Bártolo, de que os estrangeiros que cometem delitos no território do Estado devem ser punidos em harmonia com as leis penais vigentes nesse Estado (2). E isto por duas razões: porque, ao tempo da elaboração do Código civil francês, ainda a doutrina não tinha formulado a teoria da territorialidade das leis de ordem pública como limite da aplicação das leis estrangeiras; e porque, não se referindo o artigo 3.º senão à competência das leis francesas, não era natural que pretendesse estabelecer um princípio de limite à aplicação das leis estrangeiras.

Além de formular os três referidos princípios numa disposição de carácter geral, em disposições especiais, o Código francês não só applicou o princípio da personalidade das leis à capacidade matrimonial dos franceses que se casem em país estrangeiro, determinando no artigo 170.º que eles não devem contrair às disposições respeitantes às qualidades e condições requeridas para contrair casamento pela lei francesa, mas applicou, sem o formular, outro princípio, correspondente ao *estatuto mixto*, como o entendia a escola holandesa, isto é, o princípio de que a forma externa dos actos deve ser regulada pela lei do lugar da celebração, em harmonia com o velho adágio *locus regit actum*. Assim o fez relativamente aos actos do estado civil (art. 47.º), ao casamento (art. 170.º) e ao testamento (art. 999.º), dispondo que os actos do estado civil e o casamento dos franceses farão fé em França desde que sejam celebrados em harmonia com a lei do país da celebração, e que os franceses poderiam testar em país estrangeiro pela forma autêntica estabelecida nesse país.

Apesar da sua pobreza sobre o assunto, é manifesto que o Código civil francês, por um lado, já indicou claramente leis de competência localizada — as leis de polícia e segurança e as leis relativas aos bens imóveis, já conduziu a doutrina e a jurisprudência a considerar leis pessoais, não só as relativas ao estado e capacidade dos franceses que se encontrem em país

(1) Weiss, *Traité*, III, pág. 159; Despagnet, *ob. cit.*, n.º 230; Pillet, *Principes*, n.º 162; Audinet, *ob. cit.*, n.º 311; Surville e Arthuis, *ob. cit.*, n.º 148 e 149; Valery, *Manuel de droit international privé*, Paris, 1914, n.º 596.

(1) Brocher, *ob. cit.*, I, n.º 44; Despagnet, *ob. cit.*, n.º 107; Valery, *ob. cit.*, n.º 425; Martin, *Études de droit international privé*, pág. 209 e 211 e seg.

(2) Lainé, *ob. cit.*, tom. I, pág. 155.

estranjeiro, mas também as leis relativas ao estado e capacidade dos estrangeiros em França, isto é, conduziu ao reconhecimento de leis de *competência personalizada*, e até já autorizou a constituição do princípio da territorialidade das *leis de interesse e ordem pública*, como limite da aplicação das leis estrangeiras, e, por outro lado, já *iniciou* a regulamentação especial de uma instituição do direito privado, o casamento.

110 — III — *Código civil italiano* (1865). Entre a publicação do código civil francês e a publicação do código civil italiano, foram publicados vários códigos civis, como o do Cantão de Berna (1820, 1828 e 1830), o da Luísiânia (1824) e o holandês (1838), os quais representam um certo progresso sobre o código francês. E assim é que: o código civil de Berna (art. 4.º) já dispunha expressamente que a capacidade dos bernenses em país estrangeiro e a capacidade dos estrangeiros em Berna era regulada pelas leis dos respectivos países, completando assim a alínea 3.ª do código francês, que apenas estabelecia o preceito quanto aos franceses em país estrangeiro; o mesmo código de Berna (art. cit.), o código da Luísiânia (art. 10.º) e o código holandês (art. 10.º) formulam o princípio de que a forma externa dos actos é regulada pela lei do lugar da celebração, princípio de que o código francês fizera apenas algumas aplicações; e o código da Luísiânia (art. 10.º) estabeleceu o princípio de que os *efeitos dos actos jurídicos* são regulados pela lei do lugar da celebração. Contudo, as diferenças são relativamente insignificantes.

No código italiano, as diferenças são enormes, podendo dizer-se que aí aparece um *sistema completo de princípios gerais* acêrca da resolução dos conflitos de leis. Esses princípios traduzem em grande parte os princípios doutrinários da escola de Mancini.

Tais princípios, que se encontram nos artigos 6.º a 12.º do título preliminar do código, são os seguintes:

a) O estado e capacidade das pessoas, assim como as relações de família, são regulados pela lei da nação a que elas pertencem (art. 6.º).

b) Os bens móveis estão sujeitos à lei nacional do proprietário, salvas as disposições contrárias da lei do país onde estiverem situados, e os bens imóveis estão sujeitos à lei do lugar da situação (art. 7.º).

c) As sucessões legítimas e testamentárias, tanto no que respeita à ordem da sucessão como relativamente à medida dos direitos sucessórios e à validade intrínseca das disposições, são reguladas pela lei nacional do autor da herança, qualquer que seja a natureza dos bens e seja qual for o país da sua situação (art. 8.º).

d) A forma extrínseca dos actos entre vivos e de última vontade é regulada pela lei do lugar da celebração. Os dispo-

entes ou contratantes têm, porém, a faculdade de seguir a sua lei nacional, se esta fôr comum a todas as partes (art. 9.º).

e) A substância e efeitos das doações e das disposições de última vontade são regulados, salva declaração em contrário, pela lei nacional do doador ou disponente, e a substância e efeitos dos contratos pela lei escolhida pelas partes e, na falta de escolha das partes, pela lei do lugar da celebração, ou pela lei nacional das partes, quando estas pertençam à mesma nação (art. 9.º).

f) A competência e a forma de processo são regidas pela lei do país do tribunal; os meios de prova das obrigações são determinados pela lei do lugar da celebração dos respectivos actos; as sentenças pronunciadas por tribunais estrangeiros serão executadas no reino quando declaradas executivas na forma estabelecida pelo Código de processo civil; os modos de execução dos actos e das sentenças são regulados pela lei do lugar em que se proceder à execução (art. 10.º).

g) As leis penais e de polícia e segurança pública obrigam todos os que se encontrem no território do reino (art. 11.º).

h) Em caso nenhum, as leis, actos e sentenças de um país estrangeiro, bem como as disposições e convenções particulares, poderão derogar as leis *proibitivas* do reino que respeitam às pessoas, aos bens e aos actos, nem as leis de qualquer modo referentes à ordem pública e aos bons costumes (art. 12.º).

A simples leitura destes preceitos mostra, em primeiro lugar, que o Código civil italiano consagrou fundamentalmente a doutrina de Mancini, enquanto manda aplicar a *lei nacional* aos factos e relações jurídicas que, segundo Mancini, constituem o *direito privado necessário*, admite o princípio da *autonomia da vontade* a respeito do que o mesmo Mancini chama *direito privado voluntário*, e limita a aplicação da lei nacional ou da lei escolhida pelos agentes dos actos jurídicos pelas *leis de ordem pública*.

Em segundo lugar, mostram os textos que, salvo o limite das leis de ordem pública, o Código italiano se norteou claramente pelo *princípio da comunidade de direito*, por isso que fixa a competência das leis sem atender a se se trata de leis nacionais ou de leis estrangeiras, obedecendo assim ao pensamento que, concebido por Savigny, foi abraçado francamente pela escola italiana.

Por fim, ainda revelam os textos que o legislador italiano admitiu nitidamente, para o efeito da resolução dos conflitos de leis, a divisão destas nas quatro classes de leis de *competência personalizada* (as leis relativas ao estado e capacidade, às relações de família, aos bens móveis e às sucessões), *leis de competência localizada* (as leis relativas aos bens imóveis, à forma dos actos, à competência e forma do processo, à execução de actos e sentenças, e as leis penais, de polícia e de segurança pública), *leis de competência voluntária* (as leis

relativas à substância e efeitos das doações, testamentos e obrigações), e *leis de ordem pública*, como leis limite à aplicação das leis estrangeiras.

111—IV—*Direito argentino*. Também este direito contém um sistema típico, que merece referência especial no estudo da evolução jurídica do princípio do reconhecimento do valor e eficácia das leis estrangeiras. Aparece esse sistema, fundamentalmente, no Código civil argentino de 29 de setembro de 1869, em vigor desde 1 de janeiro de 1871, e emendado pela lei de 9 de setembro de 1882, e na lei relativa ao casamento civil de 12 de novembro de 1889, a qual foi encorporada no Código civil. E' constituído o mesmo sistema de *princípios gerais* aplicáveis a todas as relações jurídicas, e de *regras especiais* respeitantes às relações de família, às obrigações, aos direitos reais e às sucessões, sendo por esta forma e segundo esta ordem que o Código civil argentino agrupa as relações jurídicas de direito privado:

a) *Princípios gerais*. Lêm-se nos artigos 6.º a 14.º do título preliminar do Código e são:

1.º) A capacidade ou incapacidade das pessoas é regulada pela lei do seu domicílio (art. 6.º e 7.º).

2.º) Os actos e contratos praticados e os direitos adquiridos fora do lugar do domicílio da pessoa são regidos pela lei do lugar em que se tenham verificado, não podendo porém executar-se na República relativamente aos bens situados no seu território, se não forem conformes às leis do país que regulam a capacidade, o estado e condição das pessoas (art. 8.º).

3.º) As incapacidades contra as leis da natureza, como a escravatura, ou as que revistam o carácter de penas, são meramente territoriais (art. 9.º).

4.º) Os bens imóveis são regulados pela *lex rei sitae*, quanto à sua classificação, aos direitos das partes, aos modos de transferi-los e às formalidades que devem revestir os respectivos actos (art. 10.º).

5.º) Os bens móveis de situação permanente e os que se conservam sem a intenção de os transportar são regulados pela *lex rei sitae*; e os móveis que o proprietário traz sempre consigo, ou que são de seu uso pessoal, estejam ou não no seu domicílio, e bem assim os destinados a ser vendidos ou a ser transportados para outro lugar, são regulados pela lei do domicílio do proprietário (art. 11.º).

6.º) A forma dos contratos e de qualquer instrumento público é regulada pela lei do lugar da celebração (art. 12.º).

7.º) A aplicação das leis estrangeiras, nos casos em que este Código a autoriza, nunca terá lugar senão mediante solicitação da parte interessada, que deverá provar a sua existência, com excepção, porém, das leis estrangeiras que forem tornadas obrigatórias na República por tratado ou lei especial (art. 13.º).

8.º) As leis estrangeiras não serão aplicáveis: a) quando a sua aplicação se oponha ao direito público, ou criminal da República, à religião do Estado, à tolerância dos cultos, ou à moral e bons costumes; β) quando a sua aplicação for incompatível com o espírito dos preceitos do Código civil; γ) quando forem de mero privilégio; δ) quando os preceitos do Código civil em conflito com as leis estrangeiras forem mais favoráveis à validade dos actos (art. 14.º).

b) *Relações de família*. No Código civil e na lei matrimonial de 1889, estabelece-se o regime jurídico internacional do casamento, da legitimação e da tutela, nos termos seguintes:

1.º) Os impedimentos matrimoniais são regulados pela lei do lugar da celebração do casamento, com excepção, porém, dos impedimentos — de parentesco de consangüinidade ou afinidade em qualquer grau da linha recta, — de parentesco por consangüinidade no segundo grau da linha colateral, — de menoridade de 12 anos para a mulher e de 14 anos para o homem, — de matrimónio anterior não dissolvido, — e de conjugicídio, os quais são regidos sempre pela lei argentina, não podendo considerar-se válido um casamento celebrado em país estrangeiro quando se dê a existência de alguns desses impedimentos (Cód. civil, art. 159.º e 166.º; Lei de 1888, art. 2.º, 9.º e 84.º).

2.º) Os direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais são regidos pelas leis argentinas enquanto os mesmos cônjuges se encontrem no território da República (Cód. civil, art. 160.º; Lei cit., art. 3.º).

3.º) Os bens móveis dos cônjuges são regidos pelo contrato de casamento e, na falta de contrato, são regidos pela lei do domicílio ao tempo do casamento ou ao tempo em que forem adquiridos, e os bens imóveis são regidos pela lei do lugar da sua situação (Cód. civil, art. 161.º a 163.º; Lei cit., art. 4.º a 6.º).

4.º) A dissolubilidade ou indissolubilidade do casamento é regulada pela lei do lugar da sua celebração (Cód. civil, art. 164.º e 239.º).

5.º) A legitimação é regulada pela lei do domicílio do pai ao tempo da celebração do casamento (Cód. civil, art. 346.º a 348.º).

6.º) A administração da tutela quanto aos bens do pupilo é regida pela lei do lugar da situação dos mesmos bens (Cód. civil, art. 443.º e 444.º).

c) *Direitos de crédito*. A lei argentina apenas se ocupa do regime jurídico internacional dos direitos de crédito que resultam de actos jurídicos, estabelecendo estas regras:

1.º) A capacidade ou incapacidade de direito, o objecto do acto jurídico e os vícios do consentimento são regidos pela *lex fori* (Cód. civil, art. 983.º).

2.º) A capacidade de exercícios de direitos é regulada pela lei do domicílio (art. 982.º).

3.º) A forma dos actos e contratos entre presentes é regulada pela lei do lugar da celebração (art. 984.º e 1214.º), e a forma dos contratos entre ausentes será regulada pela lei do lugar indicado na data do documento particular donde conste o mesmo contrato, se houver um só documento, ou, havendo documentos emanados em diferentes lugares, pela lei mais favorável à validade do contrato (art. 1215.º). Contudo, os contratos feitos em país estrangeiro para transferir direitos reais sobre imóveis sitos no território da república precisam de ser feitos por instrumento público e este legalizado e, quando tenham por fim a transferência dos mesmos bens, precisam de ser protocolizados, precedendo despacho de juiz competente (art. 1211.º).

4.º) A validade e efeitos dos contratos são regidos pela lei do lugar da celebração (art. 1239.º) ou pela lei do lugar da execução, quando devam ser executados num determinado país (art. 1243.º e 1244.º).

5.º) Não produzirão efeitos os contratos celebrados em país estrangeiro quando sejam imorais ou quando o seu reconhecimento seja lesivo dos direitos, interesses ou conveniências do Estado ou dos seus habitantes, e bem assim não terão eficácia, quer os contratos feitos em país estrangeiro para violar as leis da República, quer os feitos na República para violar as leis de uma nação estrangeira (art. 1240.º a 1242.º).

d) *Direitos reais.* Em matéria de direitos reais, o Código argentino, além dos princípios relativos à lei reguladora dos bens imóveis e dos bens móveis acima indicados (art. 10.º e 11.º), apenas se referiu aos contratos realizados em país estrangeiro para transferir bens imóveis situados na república e às hipotecas constituídas em país estrangeiro sobre bens sitos na república, dispondo: «Art. 1245.º Os contratos feitos em país estrangeiro para transferir direitos reais sobre bens imóveis sitos na República terão o mesmo valor que os feitos no território do Estado, sempre que constarem de instrumento público e se apresentarem legalizados. Se por elles se transferir o domínio de bens de raiz, a tradição destes não será juridicamente eficaz enquanto os contratos não tiverem sido protocolizados por ordem do juiz competente. Art. 3165.º Pode também constituir-se hipoteca sobre bens imóveis sitos no território da república por documento exarado em país estrangeiro, com as condições e na forma estabelecidas no artigo 1245.º. Esta hipoteca deve ser registada no prazo de seis dias a contar da data em que o juiz a mande protocolizar, sob pena de não prejudicar terceiros, além de que a hipoteca deve ter uma causa lícita segundo as leis da República».

e) *Sucessões.* Estabelece o Código civil argentino o regime jurídico internacional tanto da sucessão legítima como da sucessão testamentária, nestes termos:

1.º O direito de suceder no património do defunto é regu-

lado pela lei do seu domicílio ao tempo da morte, quer os herdeiros sejam nacionais, quer sejam estrangeiros (art. 3316.º).

2.º) A capacidade do herdeiro é regulada pela lei do seu domicílio ao tempo da morte do autor da herança (art. 3320.º).

3.º) A capacidade de testar é regulada pela lei do domicílio do testador ao tempo em que é feito o testamento (art. 3645.º).

4.º) A validade e efeitos do testamento são regulados pela lei do domicílio do testador ao tempo da sua morte (art. 3646.º).

Eis o sistema argentino, que, aceitando, como o sistema italiano, as quatro categorias de leis de competência personalizadas, de competência localizada, de competência voluntária (regime matrimonial dos bens móveis) e de ordem pública, como limite da aplicação das leis estrangeiras, apresenta dois traços característicos. Em primeiro lugar, considera como lei pessoal a lei do domicílio, que por vezes subordina à lei do lugar da celebração dos actos jurídicos, fazendo de algumas leis relativas às pessoas leis de competência localizada, o que representa evidentemente uma tendência territorialista. Em segundo lugar, procurou estabelecer separadamente o regime da *relação jurídica em geral* e o regime especial das relações de família, dos direitos de crédito, dos direitos reais e dos direitos de sucessão, o que representa um plano de organização do direito internacional privado que merece consideração e estudo.

Assim como o Código italiano traduz a orientação e a doutrina da escola de Mancini, o Código argentino traduz a orientação e a doutrina do sistema de Savigny, embora este sistema aí não apareça em toda a sua pureza, mas tenha sido modificado por uma clara tendência territorialista, que traduz a influência das doutrinas de Story, um dos representantes da doutrina anglo-americana na sua primeira fase (1).

O *molde* e as *linhas gerais* do sistema são, porém, os do sistema de Savigny, que foi o inspirador do grande jurista consulto Dalmacio Velez Sarsfield, autor do Código civil argentino (2).

112 — V — *Direito suíço.* Depois da lei argentina, contém um sistema típico a lei suíça.

Este sistema resulta da aproximação e combinação da lei federal de 22 de junho de 1881, da lei federal de 25 de junho de 1891, do artigo 59.º (3) do título final do Código civil, de

(1) *Código civil de la Republica Argentina*, da *Colección de codigas e leyes usuales*, Buenos Ayres, 1914, notas aos artigos 6.º a 11.º.

(2) Weiss, *Manual de derecho internacional privado*, tradução, prólogo e notas por Zeballos, Paris, 1911, t. pág. 479, nota (a).

(3) A lei federal de 30 de março de 1911, que aprovou o Código federal das obrigações, revogou os artigos 58.º e 59.º do título final do Código civil suíço, e por isso o artigo 61.º desse título, que continha disposições de direito internacional privado, passou a constituir o artigo 59.º.

10 de dezembro de 1907, em vigor desde o 1.º de janeiro de 1912, e dos artigos 822.º a 824.º do Código federal das obrigações, de 30 de março de 1911, também em vigor desde o 1.º de janeiro de 1912 e que ficou constituindo o título V do Código civil.

Segundo estes diplomas, os princípios fundamentais do direito suíço são os seguintes:

1.º) A capacidade civil em geral e, em especial, a capacidade para contrair obrigações por meio de letras de câmbio, e a capacidade matrimonial é regulada pela lei nacional (Lei de 22 de junho de 1881, art. 10.º; Cód. civil, título final, art. 59.º, alínea 7.ª c; Cód. das obrigações, art. 822.º) (1).

2.º) A capacidade da mulher casada é regulada pela lei do domicílio (Lei de 25 de junho de 1891).

3.º) A forma da letra de câmbio e dos actos que lhe respeitam, bem como a forma do casamento, é regulada pela lei do lugar da celebração (Cód. das ob., art. 822.º e 824.º; Cód. civ. lit., fin., art. 59.º, alínea 7.ª d), e a forma dos testamentos, pactos sucessórios e doações *causa mortis* é válida desde que satisfaça ou à lei do lugar da celebração, ou à lei do último domicílio do defunto, ou à lei do seu domicílio ao tempo do acto (Lei cit., art. 24.º)

4.º) O regime de bens dos cônjuges é regulado pela lei do primeiro domicílio conjugal, mas as relações entre cônjuges e terceiros são reguladas pela lei do seu domicílio actual (Lei cit., art. 19.º).

5.º) O estado civil, designadamente a filiação legítima ou ilegítima, a perfilhação voluntária ou judicial, é regulado pela lei nacional do marido, do pai ou do adoptante (Lei cit. art. 8.º).

6.º) O poder paternal é regulado pela lei do domicílio, e portanto pela lei do domicílio do pai, visto o filho sujeito ao poder paternal ter o domicílio do pai (Lei cit. art. 4.º e 8.º; Cód. civ. art. 25.º).

7.º) A tutela é regulada pela lei do domicílio do tutelado,

(1) A lei de 22 de junho de 1881 foi revogada pelo artigo 60.º do título final do Código civil. Contudo, porque nem o Código civil, nem o Código das obrigações, nem lei alguma especial, contém qualquer regra acerca da lei reguladora da capacidade civil em geral, entende justamente Virgile Rossel que deve considerar-se em vigor o artigo 10.º da lei de 1881, que a mandava regular pela lei nacional (*Code civil suisse et Code des obligations*, pág. 291). Importa, todavia, observar que a alínea 3.ª do artigo 10.º da lei de 1881 contém uma restrição à regra do artigo, restrição reproduzida no artigo 59.º, alínea 7.ª b, do título final do Código civil, segundo a qual os estrangeiros, incapazes do exercício de direitos civis, segundo a sua lei nacional, que praticarem actos jurídicos na Suíça, não podem valer-se dessa incapacidade, se forem capazes, segundo a lei suíça, ao tempo em que se obrigarem. É a chamada teoria do *favor negotii*, de que havemos de falar. A restrição não abrange, porém, os actos relativos ao direito de família, a sucessão e à disposição de imóveis situados no estrangeiro.

pelo que respeita à regência da pessoa e à administração dos bens (Lei cit., art. 10.º e 11.º).

8.º) O divórcio e a separação de cidadãos suíços em país estrangeiro são regulados pela lei do seu domicílio, e o divórcio ou separação de estrangeiros na Suíça são regulados pela sua lei nacional (Cód. civ. título final, art. 59.º, alíneas 7 g), 7 h), e 7 i).

9.º) A capacidade de testar é regulada pela lei do domicílio do testador no momento de testar, e a sucessão em si mesma, quer testamentária, quer legítima, quer legítima, é regulada pela lei do domicílio do autor da herança, podendo contudo a sucessão ser submetida à lei do cantão de origem por uma cláusula testamentária ou por um pacto sucessório (Lei cit., art. 22.º).

10.º) Os pactos sucessórios são regulados, quanto ao fundo, pela lei do primeiro domicílio conjugal, quando feitos antes do casamento e, em qualquer outro caso, pela lei do domicílio do defunto ao tempo da sua celebração (Lei cit., art. 25.º).

Como se vê, enquanto o Código italiano obedeceu à orientação de Mancini e o Código argentino à orientação de Savigny, o direito suíço traduz ora uma ora outra orientação, porquanto considera como lei pessoal já a lei nacional já a lei do domicílio, com a preponderancia porventura da lei do domicílio. E', em todo o caso, um sistema de conciliação entre o princípio nacionalista e o princípio domiciliário, à roda dos quais gira fundamentalmente, no momento actual, a organização do direito internacional privado no que respeita ao estado e capacidade das pessoas, aos direitos de família e às sucessões.

113 — VI — *Lei alemã* (1896). A lei alemã de 18 de junho de 1896, que é a lei de introdução do Código civil, embora uma lei *incompleta*, por isso que não contém o regime jurídico internacional dos direitos de crédito nem o regime dos direitos reais, constitui em todo o caso um tipo característico, e por isso deve ser referida no estudo da evolução jurídica do princípio do reconhecimento do valor, eficácia e applicabilidade das leis estrangeiras.

Os preceitos do direito alemão contêm-se nos artigos 7.º, 9.º e 11.º a 30.º da lei de introdução e são, em resumo, os seguintes: 1.º) A capacidade de contratar é regulada pela lei nacional (art. 7.º) (1).

2.º) Os estrangeiros podem ser intreditos na Alemanha segundo as leis alemãs, quando tenham o seu domicílio ou a sua residência na Alemanha (art. 8.º).

(1) Esta regra é limitada pela teoria do *favor negotii*, em termos semelhantes aos estabelecidos pela lei suíça (Supra, pag. 376, nota 1).

3.º) O ausente pode ser declarado morto na Alemanha, segundo as leis alemãs: α) quando era alemão no começo da ausência; β) quando era estrangeiro, pelo que respeita às relações jurídicas reguladas pela lei alemã e quanto aos bens sitos na Alemanha; γ) quando tenha tido o seu último domicílio na Alemanha e sua mulher for ou se tornar alemã e estiver na Alemanha (art. 9.º).

4.º) A forma dos actos jurídicos é regulada pela lei competente para regular a respectiva relação jurídica, sendo, porém, suficiente a observância da lei do lugar da celebração, excepto pelo que respeita aos actos jurídicos de constituição ou disposição de direitos reais (art. 11.º).

5.º) Em razão de um acto ilícito praticado no estrangeiro, não podem fazer-se valer na Alemanha, contra um alemão, direitos mais extensos que os estabelecidos pela lei alemã (art. 12.º).

6.º) A validade intrínseca do casamento é regulada pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges e a forma dos casamentos celebrados na Alemanha é regulada exclusivamente pela lei alemã (art. 13.º).

7.º) A lei alemã regula as relações pessoais dos cônjuges alemães, mesmo quando estes têm o seu domicílio no estrangeiro, e é aplicável no caso de o marido perder a nacionalidade alemã, mas de a mulher a conservar (art. 14.º).

8.º) O regime de bens no casamento é regulado pela lei nacional do marido ao tempo do casamento, podendo, contudo, os cônjuges fazer convenções nupciais na constância do matrimónio, se o marido se naturalizar alemão ou se os cônjuges tiverem o seu domicílio na Alemanha, embora aquela lei o não permita (art. 15.º).

9.º) O divórcio é regulado pela lei nacional do marido ao tempo da propositura da acção, não podendo, porém, ser decretados na Alemanha o divórcio ou a reparação de pessoas entre estrangeiros senão quando o divórcio ou a separação forem viáveis segundo a lei estrangeira e segundo a lei alemã. A lei alemã será, em todo o caso, a única aplicável, se o marido tiver perdido a nacionalidade alemã, mas a mulher a conservar (art. 17.º).

10.º) A filiação legítima é regulada pela lei alemã quando o pai era alemão ao tempo do nascimento do filho ou, se este for póstumo, ao tempo da morte do pai (art. 18.º).

11.º) As relações entre os pais e os filhos legítimos são reguladas pela lei alemã quando o pai ou, na sua falta, a mãe for de nacionalidade alemã, e bem assim quando o pai ou a mãe percam a nacionalidade alemã, mas o filho a conservar (art. 19.º).

12.º) As relações entre o filho natural e a mãe são reguladas pela lei alemã quando a mãe for alemã e, quando tendo a mãe perdido a nacionalidade alemã, o filho a conservar (art. 20.º).

13.º) A obrigação alimentícia do pai para com os filhos naturais e a sua obrigação de indemnizar a mãe das despesas da gravidez, do parto e do seu sustento são reguladas pela lei nacional da mãe ao tempo do nascimento do filho, não podendo, porém, tornar-se efectivos na Alemanha maiores direitos que os estabelecidos pela lei alemã (art. 21.º).

14.º) A legitimação e a adopção são reguladas pela lei alemã quando, ao tempo da legitimação ou da adopção, o pai ou o adoptante for de nacionalidade alemã, sendo sempre necessário o consentimento do filho ou do seu representante quando o pai for estrangeiro e o filho for alemão (art. 22.º).

15.º) Pode ser organizada na Alemanha a tutela ou a curatela de um estrangeiro, quando o Estado de origem não tome providências, se, segundo a sua lei nacional, o interessado dever ser tutelado ou curatelado ou se tiver sido interdito na Alemanha, podendo o tribunal alemão das tutelas tomar as providências provisórias necessárias antes da organização da tutela ou da curatela (art. 23.º).

16.º) A sucessão de alemães domiciliados na Alemanha é regulada pela lei alemã; a sucessão de um alemão domiciliado em país estrangeiro é regulada pela lei alemã, podendo, porém, os herdeiros fazer valer direitos estabelecidos pela lei do domicílio; e a sucessão de um estrangeiro domiciliado na Alemanha é regulada pela lei nacional do *de cuius*, com a faculdade, porém, de os herdeiros se poderem valer de direitos hereditários estabelecidos pela lei alemã, a não ser que a lei nacional mande aplicar exclusivamente a lei alemã (art. 24.º e 25.º).

17.º) Se o direito de um Estado estrangeiro cujas leis, em harmonia com as regras precedentes, são declaradas competentes para reger a capacidade de contratar (art. 7.º), a validade intrínseca do casamento (art. 13.º), o regime de bens no casamento (art. 15.º), o divórcio (art. 17.º) e a sucessão (art. 25.º), declarar aplicáveis as leis alemãs, deverão ser applicadas estas leis (art. 27.º).

18.º) A lei competente, segundo os artigos 15.º, 19.º, 24.º, alínea 1.º, 25.º e 27.º, para reger o regime de bens no casamento, as relações entre pais e filhos legítimos, a sucessão de um alemão domiciliado na Alemanha ou a sucessão de um estrangeiro domiciliado na Alemanha, não é applicável às coisas que não se encontrem no território do Estado legislador se, segundo as leis do Estado da situação, essas coisas estiverem sujeitas a disposições especiais (art. 28.º).

19.º) A applicação de uma lei estrangeira é excluída quando essa applicação for contrária aos bons costumes ou ao fim de uma lei alemã (art. 30.º).

Tais são os preceitos da lei alemã, os quais revelam dois traços que a separam nitidamente das leis anteriores.

O primeiro traço característico é que o legislador alemão,

em vez de formular *regras bilaterais ou completas* de conflitos de leis, isto é, regras de aplicação tanto da lei alemã como das leis estrangeiras, segundo com uma ou com outras se encontrasse em contacto o elemento de conexão decisivo da sua competência, formulou, em muitos casos, *regras unilaterais ou incompletas*, isto é, apenas fixou a competência da lei alemã. Assim o fez a respeito da interdição, da ausência, da filiação legítima ou ilegítima, da legitimação e da adopção. É uma orientação bem diferente da da lei italiana, argentina e suíça, que sempre formularam regras bilaterais. Semelhante orientação traduz a influência da doutrina defendida, entre outros, por Schnell, ao tempo em que foi elaborado o projecto do Código civil alemão, segundo a qual o legislador, tendo competência para determinar os limites locais das suas próprias leis, é incompetente para tornar aplicáveis as leis estrangeiras ⁽¹⁾.

O segundo traço está no que chamaremos *tendência territorialista*, emquanto, embora, em princípio, aceite como lei pessoal a lei nacional, esta lei é muitas vezes substituída pela lei alemã, já por aplicação da teoria do *favor negotii* (capacidade de contratar, art. 7.º), já porque o estrangeiro tem domicílio na Alemanha (interdição, ausência e regime matrimonial, art. 8.º, 9.º e 15.º), já por aplicação da *teoria da devolução para a lex fori*, isto é, a teoria segundo a qual, quando a *lex fori* remete para uma lei estrangeira e esta devolve para a *lex fori*, o tribunal deve aplicar esta última lei.

II4—VII—*Lei japonesa*. Depois da lei alemã, é típica a lei japonesa de 15 de junho de 1898, não tanto pelos elementos novos que apresenta, mas porque o legislador japonês procurou formular o regime jurídico internacional tanto da relação jurídica em geral como de cada uma das instituições do direito privado com um desenvolvimento que nenhuma das leis anteriores lhe tinha dado.

Eis os seus preceitos:

1.º) A capacidade das pessoas é regulada pela sua lei nacional (art. 5.º) ⁽²⁾.

2.º) As causas de interdição são reguladas pela lei nacional do interdito e os efeitos da interdição são regulados pela lei do Estado onde esta é decretada, não podendo, porém, a interdição ser decretada no Japão por causas que a lei japonesa não admita (art. 4.º e 5.º).

3.º) Pode ser declarada no Japão a ausência de um estrangeiro, segundo a lei japonesa, quanto aos bens sítos no

⁽¹⁾ Vide Anzilotti, *Studi critici di diritto internazionale privato*, 1898, pág. 140.

⁽²⁾ A lei japonesa admite a teoria do *favor negotii* nos mesmos termos em que a reconheceram a lei suíça e a lei alemã.

Japão e quanto às relações jurídicas reguladas pela lei japonesa (art. 6.º)

4.º) A existência e os efeitos dos actos jurídicos são regulados pela lei escolhida pelas partes e, quando a vontade destas não é certa, pela lei do lugar da celebração (art. 7.º)

5.º) A forma dos actos jurídicos é regida pela lei que determina os seus efeitos, sendo, porém, suficiente a observância da lei do lugar da celebração, excepto pelo que respeita aos actos de constituição ou de disposição de um direito real ou de um direito sujeito a registo (art. 8.º)

6.º) Os actos jurídicos entre ausentes são regulados pela lei do lugar donde é feita a proposta ou pela lei do domicílio do proponente, se a pessoa que recebeu a proposta não souber, no momento da aceitação, qual o lugar donde ela foi feita (art. 9.º)

7.º) Os direitos reais sobre móveis ou imóveis e os direitos sujeitos a registo são regulados pela *lex rei sitæ*, e a aquisição e extinção dos mesmos direitos são regulados pela *lex rei sitæ* ao tempo da aquisição ou da extinção (art. 10.º)

8.º) A existência e os efeitos dos direitos de crédito resultantes da gestão de negócios, do enriquecimento indevido ou de actos ilícitos são regulados pela lei do lugar onde se realizou o facto que lhes deu origem. Esta disposição não se aplica, porém, relativamente aos factos ilícitos quando o acto não seja ilícito segundo a lei japonesa, só podendo ser exigidas no Japão indemnizações ou reparações previstas pela lei japonesa (art. 11.º)

9.º) Os efeitos da cessão de créditos relativamente a terceiros são regidos pela lei do domicílio do devedor (art. 12.º)

10.º) As condições de validade intrínseca do casamento são reguladas pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges e a forma do casamento é regulada pela lei do lugar da celebração (art. 13.º)

11.º) Os efeitos pessoais do casamento são regulados pela lei nacional do marido e os efeitos patrimoniais pela sua lei ao tempo do casamento. Contudo, quando um estrangeiro casa com uma mulher japonesa chefe de família ou é adoptado por um japonês para se casar com uma filha sua, a competência pertence à lei japonesa (art. 14.º e 15.º)

O divórcio é regulado pela lei nacional do marido ao tempo em que se deu a causa em que se funda o pedido, sendo, porém, necessário que a causa invocada exista também segundo a lei do Japão (art. 16.º)

16.º) A legitimidade dos filhos é regulada pela lei nacional do pai ao tempo do nascimento do filho ou ao tempo da morte do pai, se o filho é póstumo (art. 17.º)

17.º) As condições da legitimação são determinadas, quanto ao pai ou à mãe, pela sua lei nacional e, quanto ao

filho, pela lei nacional dêste, e os efeitos da legitimação são regulados pela lei nacional do pai ou da mãe (art. 18.º)

18.º) As condições da adopção são determinadas, em relação a cada uma das partes, pela sua lei nacional, e os efeitos pela lei nacional do adoptante (art. 19.º)

19.º) As relações entre os pais e os filhos são reguladas pela lei nacional do pai e, na falta dêste, pela lei nacional da mãe (art. 20.º)

20.º) O direito a alimentos é regulado pela lei nacional do devedor (art. 21.º)

21.º) Os direitos de família não previstos nas regras precedentes são regulados pela lei nacional das partes (art. 22.º)

22.º) A tutela e a curatela são regidas pela lei nacional do pupilo ou do interdito. Quanto aos estrangeiros domiciliados ou residentes no Japão, a tutela é regida pela lei japonesa, contanto que a causa da tutela exista segundo a lei nacional e que não haja ninguém para constituir a tutela, devendo seguir-se a mesma regra a respeito dos estrangeiros interditos no Japão (art. 23.º e 24.º)

23.º) A sucessão é regida pela lei nacional do defunto (art. 25.º)

24.º) A existência, os efeitos e a anulação do testamento são regidos pela lei nacional do testador no momento de testar, sendo, porém, suficiente, quanto à forma, a observância da lei do lugar da celebração (art. 26.º)

25.º) Quando a lei nacional de uma pessoa é declarada aplicável, se, segundo o direito do seu país, as leis do Japão lhe deverem ser aplicadas, são estas últimas leis as que devem aplicar-se (art. 29.º)

24.º) Quando uma lei estrangeira é declarada aplicável, não deverá aplicar-se se as suas disposições forem contrárias à ordem pública e aos bons costumes (art. 30.º) (¹).

Eis a lei japonesa nas suas disposições sobre conflitos de leis. Vê-se claramente que o seu autor quis estabelecer um sistema completo de direito internacional privado, o qual abrangesse não só o regime jurídico geral da relação jurídica, mas também o regime especial de cada uma das instituições do direito privado.

Na organização do sistema, o legislador japonês seguiu, fundamentalmente, a orientação do Código italiano, formulando sempre regras bilaterais, adoptando francamente a lei nacional como lei pessoal, sem lhe substituir a lei do domicílio em proveito da lei japonesa, e admitindo largamente o princípio da autonomia da vontade em matéria de obrigações. Na lei japonesa, sente-se, porém, visivelmente a influência da lei alemã em três pontos característicos: na admissão da teoria do *favor*

(¹) A lei japonesa pode ler-se em *Clunet*, 1901, pág. 639 e seg.

negotii, na determinação da lei reguladora da forma externa dos actos, e no reconhecimento da teoria da devolução. Contudo, porque aceitou a orientação geral do Código italiano, a lei japonesa representa uma decidida consagração do sistema da lei nacional e a reacção contra o princípio domiciliário aceito pela lei argentina, pela lei suíça e ainda um pouco pela lei alemã.

115 — VIII — *Código civil brasileiro* Das leis internas de países estrangeiros ainda indicaremos a lei brasileira. Também aí se não encontra um sistema típico. Contudo, porque a lei brasileira contém um sistema bastante completo de princípios gerais, e sobretudo porque é das leis estrangeiras a que interessa a maior número de portugueses, visto ser no Brasil que vive a maior colónia portuguesa, merece ser referida neste lugar.

O sistema de regras de resolução dos conflitos de leis adoptado pelo direito brasileiro encontra-se nos artigos 8.º a 15.º e 17.º da lei de introdução do Código civil, de 1 de janeiro de 1916, e em vigor desde 1 de janeiro de 1917.

Como fez quasi por completo o Código italiano e como por completo fizeram a lei alemã e a lei japonesa, e diferentemente do que fez o Código argentino, o Código civil brasileiro estabeleceu num título separado da economia da sua organização as regras de conflitos de leis.

Embora essas regras se não encontrem sistematicamente distribuídas, pode, sem receio de errar, afirmar-se que o legislador brasileiro quis estabelecer já *regras gerais* aplicáveis a qualquer relação jurídica, já *regras especiais* aplicáveis a cada uma das instituições do direito privado;

a) *Regras gerais*. Estas regras respeitam — à *capacidade*, regida pela lei nacional (art. 8.º), — aos *bens imóveis e móveis*, regidos tanto uns como outros pela lei da sua situação, com excepção, porém, dos móveis de uso pessoal, dos que o proprietário tiver sempre consigo e dos destinados a transporte para outro lugar, os quais são regulados pela lei pessoal (nacional) do proprietário (art. 10.º), — à *forma extrínseca dos actos*, regida pela lei do lugar da celebração (art. 11.º), — à *competência e forma do processo*, regidas pela lei do lugar onde é proposta a acção (art. 15.º), — e os *meios de prova*, regidos pela lei do lugar onde se passou o acto ou facto que se pretende provar (art. 12.º)

b) *Relações de família*. Limitou-se o Código civil brasileiro a estabelecer o preceito de que a lei nacional rege os direitos de família, as relações pessoais dos cônjuges, e o regime de bens no casamento, podendo os cônjuges, quanto a êste, optar pela lei brasileira (art. 8.º). A generalidade e indeterminação dêste preceito deixa largo campo à doutrina e à jurisprudência para a fixação do regime jurídico internacional das relações de família.

c) *Direitos reais*. Além do preceito consignado no artigo 10.º, que já referimos e que manda regular os bens pela *lex rei sitæ*, à excepção dos móveis de uso pessoal, dos que o proprietário traz sempre consigo e dos destinados a transporte para outros lugares, que são regidos pela lei nacional do proprietário, nenhum outro preceito estabelece a lei brasileira acerca do regime dos direitos reais, cabendo por isso também à doutrina e à jurisprudência determinar os limites da aplicação da *lex rei sitæ*.

d) *Direitos de crédito*. O regime dos direitos de crédito é estabelecido no artigo 13.º nestes termos: «Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde forem contraídas. § único. Mas sempre se regerão pela lei brasileira: I. Os contratos ajustados em países estrangeiros, quando executáveis no Brasil. II. As obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro. III. Os actos relativos aos imóveis sítos no Brasil. IV. Os actos relativos ao regime hipotecário brasileiro». Este preceito contém dois princípios gerais e três excepções. Os princípios são: — o princípio da *autonomia da vontade*, para determinar a lei reguladora das obrigações contratuais, e o princípio da *competência da lex loci* para regular as demais obrigações, e ainda para regular as obrigações contratuais quando as partes não escolham a lei que deve regulá-las. As excepções são: 1.º) a *competência da lei do lugar da execução*, para as obrigações executáveis no Brasil; 2.º) a *competência da lei nacional*, para as obrigações contraídas por brasileiros em país estrangeiro; 3.º) e a *competência da lex rei sitæ*, para as obrigações relativas a imóveis sítos no Brasil ou relativas ao regime hipotecário brasileiro. É um sistema muito ecléctico, nem sempre de fácil justificação.

e) *Sucessões*. Regula o seu regime o artigo 14.º: «A successão legítima ou testamentária, a ordem da vocação hereditária, os direitos dos herdeiros e a validade intrínseca das disposições do testamento, qualquer que seja a natureza dos bens e o país onde se achem, guardado o disposto neste Código acerca das heranças vagas abertas no Brasil, obedecerão à lei nacional do falido; se este, porém, era casado com brasileira, ou tiver deixado filhos brasileiros, ficarão sujeitos à lei brasileira». Pronuncia-se, assim, a lei brasileira pela personalidade da lei reguladora das successões, mas com a ilógica tendência territorialista para substituir a lei nacional do autor da herança pela lei nacional da mulher ou dos filhos, quando aquela ou estes forem brasileiros.

Como sistema de princípios gerais, o sistema brasileiro é bastante completo, sem deixar de ser, contudo, também bastante indeterminado e de revelar por vezes falta de lógica. Na sua estrutura geral, concorda, porém, com os sistemas mais perfeitos, pois não só aí aparecem os quatro grupos de

leis de competência personalizada, de competência localizada, de competência voluntária e de ordem pública, mas também se procura definir, ao mesmo tempo, o regime geral da relação jurídica e o regime particular de cada uma das instituições do direito privado (1).

116 — IX — *Direito português*. O direito português não nos oferece nem um sistema completo, nem um sistema típico. Contudo, tal como é, o seu conhecimento tem para nós decidido interesse, se não como elemento de construção científica, como um sistema de regras positivas a aplicar pelos nossos tribunais, e por isso por ele terminamos a exposição das leis internas sobre conflitos de leis.

No sistema português de regras de conflitos de leis, encontram-se formulados ou aplicados, já princípios gerais, aplicáveis a todas as relações jurídicas, já regras especiais respeitantes às diferentes instituições do direito privado.

a) *Princípios gerais*: 1.º) O estado e capacidade das pessoas são regulados pela sua lei nacional (Cód. civil, art. 24.º e 27.º; Cód. com., art. 12.º).

2.º) A forma externa dos actos é regulada pela lei do lugar da celebração (Cód. civil, art. 24.º e 2430.º; Cód. com., art. 4.º, n.º 3.º).

3.º) A substância e efeitos dos contratos são regulados pela lei escolhida pelas partes e, na falta de escolha, pela lei do lugar da celebração (Cód. com., art. 4.º, n.º 3.º).

4.º) O modo de cumprimento dos contratos é regulado pela lei do lugar da sua execução (Cód. com., art. 4.º, n.º 2.º).

5.º) As leis, actos e sentenças estrangeiros não poderão tornar-se efectivos no país quando forem contrários aos princípios do direito público português ou aos princípios de ordem pública (Cód. com., art. 4.º, § único; Cód. de processo civil, art. 1088.º, § 1.º, n.º 5.º).

b) *Direitos de crédito*. Quanto ao regime geral dos direitos de crédito, apenas existe o preceito do artigo 4.º do Código comercial, cuja doutrina já enunciámos e que manda regular a substância e efeitos dos actos de comércio pela lei do lugar da celebração, salva convenção em contrário, a forma dêesses actos pela lei do lugar da celebração, e o modo de cumprimento das obrigações comerciais pela lei do lugar da execução. A par com este preceito genérico, existem alguns preceitos especiais, já no Código comercial, já no decreto de 21 de outubro de 1907, sobre o exercício da indústria dos seguros. Eis êesses preceitos: 1.º) Os privilégios e hipotecas sobre navios são regulados pela lei da nacionalidade do navio ao

(1) Vide A. Machado Villela, *O direito internacional privado no Código civil brasileiro*, Coimbra, 1921.

tempo em que for adquirido o respectivo direito (Cód. com., art. 448.º); 2.º) o contrato do rol da equipagem de navios portugueses, quando realizado em país estrangeiro, deve ser feito no consulado português ou, na sua falta, escrito e assinado no diário da navegação (Cód. com., art. 516.º, § 2.º e 3.º); 3.º) o contrato de hipoteca sobre navios, quando realizado em país estrangeiro, deve ser feito por escritura pública no consulado português e, na falta deste, por escrito lavrado no livro de contas, assinado pelos respectivos outorgantes e por duas testemunhas (Cód. cit., art. 591.º, § 1.º e 2.º); 4.º) as avarias grossas ou comuns são reguladas e repartidas segundo a lei do lugar onde a carga for entregue (Cód. cit., art. 650.º); 5.º) as questões sobre abalroações devem ser reguladas, quando ocorridas nos portos e águas territoriais, pela respectiva lei local, quando ocorridas no mar alto, entre navios da mesma nacionalidade, pela lei da sua nação e, quando ocorridas no mar alto entre navios de diferente nacionalidade, respectivamente pela lei de cada um dos navios, para determinar o máximo que *devem* pagar e o que *podem* receber (Cód. cit., art. 674.º); 6.º) a salvação ou assistência nos portos, rios e águas territoriais será remunerada nos termos da lei do lugar em que se der e, no alto mar, nos termos da lei do navio salvador ou assistente (Cód. cit., art. 690.º); 7.º) são havidos como celebrados em Portugal os contratos de seguro sempre que, na data respectiva, os segurados se encontrem no país, e só os tribunais portugueses são competentes para conhecer dos direitos e obrigações emergentes dos contratos de seguros celebrados em Portugal, ou respeitantes a pessoas ou entidades aqui domiciliadas à data dos mesmos contratos, ou a bens cá existentes (Dec. de 21 de outubro de 1907, art. 10.º).

c) *Direitos reais*. Só a respeito dos direitos reais imobiliários, e de modo indirecto, o legislador providenciou, sujeitando-os à *lex rei sitæ*. É o que se infere dos artigos 24.º, 964.º e 1107.º do Código civil.

d) *Relações de família*. As nossas leis determinam exclusivamente a lei reguladora das condições de validade do casamento e das relações patrimoniais dos cônjuges, estabelecendo os seguintes preceitos: 1.º) O direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges (Reg. consular de 7 de março de 1920, art. 143.º); 2.º) a forma do casamento é regulada pela lei do lugar da celebração (Dec. n.º 1, de 25 de dezembro de 1910, art. 58.º e 61.º; Cód. do registo civil, art. 242.º; Reg. con., art. 144.º); 3.º) o regime de bens dos cônjuges é regulado pela lei escolhida pelas partes e, na falta de escolha, pela lei nacional do marido (Cód. civil, art. 1107.º); 4.º) o contrato antenupcial celebrado entre portugueses em país estrangeiro deve ser feito na forma autêntica da lei do lugar da celebração ou nos consulados portugueses (Cód. cit., art. 1106.º).

e) *Sucessões*. Nesta matéria, a nossa lei é quasi omissa. Apenas determinou que o testamento feito por portugueses em país estrangeiro deve ser celebrado perante os cônsules portugueses ou pela forma autêntica da lei local, e que o testamento feito por estrangeiro em país estrangeiro produz efeitos em Portugal desde que seja feito em conformidade da lei do lugar da celebração (Cód. civil, art. 1961.º e 1965.º).

É, clarissimamente, imperfeito o nosso sistema de resolução dos conflitos de leis, mas aí se surpreende manifestamente o agrupamento das leis em leis de competência personalizada, leis de competência localizada, leis de competência voluntária e leis de ordem pública, ao mesmo tempo que os poucos preceitos que existem se referem já à relação jurídica em geral ou a alguma das instituições do direito privado (1).

117—*Tratados plurilaterais*. Até hoje, os únicos tratados colectivos gerais (quanto ao objecto) concluídos sobre o direito internacional privado foram o tratado de Lima, os tratados de Montevideo e as convenções da Haia.

1—*Tratado de Lima*. Este tratado formulava uma série de regras sobre o direito internacional privado donde é fácil ver, não só a classificação quadripartida das leis para o efeito da resolução dos conflitos de leis, mas também a existência de regras respeitantes à relação jurídica em geral, a par com regras especiais referentes a determinadas instituições jurídicas. Assim, mandava regular o estado e a capacidade pela lei nacional, os imóveis, e os móveis de situação permanente, pela *lex rei sitæ*,

(1) Entre as leis internas sobre direito internacional privado, poder-se há contar em breve a *lei polaca*, que será, de todas as até hoje organizadas, a mais desenvolvida, a julgar pelo projecto votado já, em terceira leitura, pela secção de direito civil da comissão de codificação da República polaca, na sessão de Poznan, em dezembro de 1920. Esse projecto, composto de 40 artigos doutrinais, estabelece sucessivamente: I—O regime jurídico internacional da capacidade e da ausência; II—O regime da forma dos actos jurídicos; III—O regime dos direitos reais; IV—O regime das obrigações; V—O regime dos direitos matrimoniais (casamento, divórcio e separação de pessoas); VI—O regime das relações entre pais e filhos; VII—O regime da tutela; VIII—O regime das sucessões; IX—Disposições gerais em que aceita a teoria da devolução na hipótese de a lei estrangeira devolver para a lei polaca, indica o meio de determinar a lei pessoal estrangeira quando no respectivo país vigorem diferentes leis locais, formula o princípio da limitação da aplicação das leis estrangeiras pelas leis de ordem pública, e determina a atitude dos tribunais quanto à aplicação das leis estrangeiras. O projecto polaco aproveitou os dados que ofereciam as resoluções do Instituto de direito internacional, as conferências da Haia e as leis mais completas sobre direito internacional privado, sendo certamente notável na sua contextura, embora seja discutível nos preceitos que por vezes formulou. Não lhe demos um lugar no texto, por ainda poder sofrer modificações, mas a elle faremos referência no desenvolvimento do nosso estudo e publicaremos a lei que dele resultar em apêndice a este trabalho, se a tempo a conhecermos (Vide o texto do projecto no *Bulletin de l'Institut intermédiaire international*, tom. IV, abril, 1921, pág. 415 e seg.)

a validade intrínseca e os efeitos dos contratos pela lei do lugar da celebração, ou pela lei do lugar da execução quando, pela sua natureza ou por convenção, devessem executar-se num país determinado, a forma externa dos actos pela lei do lugar da celebração, as sucessões e doações pela lei nacional do *de cuius* ou do doador, a responsabilidade civil por delitos ou quasi-delitos pela lei do lugar do facto que lhe desse origem, a capacidade matrimonial pela lei nacional dos contraentes, com a sujeição, porém, dos estrangeiros aos impedimentos dirimentes estabelecidos pela lei local, a validade do casamento, para os efeitos civis, pela lei do lugar da sua celebração, as relações pessoais entre os cônjuges e as relações entre pais e filhos pela lei do domicílio matrimonial, as convenções ante-nupciais pela lei dos contratos e as relações patrimoniais dos cônjuges, na falta de contrato, pela lei do domicílio conjugal, ficando contudo os imóveis e os móveis de situação permanente sujeitos a *lex rei sitæ*, a prescrição aquisitiva pela lei do lugar da situação dos bens e a extintiva pela lei do lugar da origem da respectiva obrigação, declarando por fim que seriam inaplicáveis as leis estrangeiras contrárias à constituição política, às leis de ordem pública e aos bons costumes (art. 2.º a 24.º e 54.º).

O tratado de Lima tinha como traço característico uma *associação*, semelhante à da lei suíça, entre a lei nacional e a lei do domicílio como lei pessoal. Era uma tentativa de aliança entre Savigny e Mancini, aliança que não chegou, contudo, a passar do papel, pois o tratado nunca foi ratificado.

118—II— *Tratados de Montevideo*. Como acima dissemos, o Congresso de Montevideo de 1888-1889 concluiu pela celebração de nove tratados declaradores de direito internacional privado. Dêsses tratados são dignos de menção, para o nosso propósito neste momento, o relativo ao direito civil, de 12 de fevereiro de 1889, e o relativo à aplicação das leis estrangeiras, de 3 do mesmo mês e ano.

a) *Tratado sobre direito civil*. Êste tratado, nos seus sessenta e sete artigos doutriniais, determina sucessivamente o regime: 1.º da *capacidade*, regulada pela lei do domicílio; 2.º do *domicílio*, regulado pela lei da residência; 3.º da *ausência*, regulando-a, quanto à competência, a lei do último domicílio do ausente, quanto aos efeitos relativos aos bens, a lei da situação dêstes e, quanto às demais relações jurídicas, a lei que as regulava anteriormente; 4.º do *casamento*, regulando-o, quanto à validade intrínseca e extrínseca, a lei do lugar da celebração, quanto às relações pessoais dos cônjuges, a lei do domicílio matrimonial, quanto aos bens, a lei escolhida pelos cônjuges e, na falta de contrato, a lei do domicílio conjugal fixado por acôrdo dos esposos antes da celebração do casamento ou, quando êste acôrdo não exista, a lei do domicílio do marido e, quanto à separação e divórcio, a lei do domi-

cílio matrimonial; 5.º do *poder paternal*, regulando-o, quanto aos direitos e deveres pessoais, a lei do lugar onde é exercido e, quanto aos bens, a lei da situação dêstes; 6.º da *filiação legítima*, regulando-a, quando relacionada com a validade ou nulidade do casamento, a lei do lugar da celebração dêste e, quando independente da validade ou nulidade do casamento, a lei do domicílio conjugal ao tempo do nascimento do filho; 7.º da *filiação ilegítima*, regulando-a a lei do país em que tenham de tornar-se efectivos os respectivos direitos e deveres; 8.º da *tutela* e da *curatela*, regulando-as, quanto às causas, a lei do domicílio do incapaz, quanto aos direitos e obrigações do tutor ou curador, a lei do lugar em que forem organizadas, quanto aos poderes do tutor ou curador sobre os bens do incapaz, a lei da situação dos mesmos bens e, quanto à hipoteca legal, conjuntamente a lei do lugar onde é exercida a tutela e a lei da situação dos bens; 9.º dos *bens*, regulando-os a *lex rei sitæ*, quanto à sua classificação, posse, alienabilidade absoluta ou relativa, e todas as relações jurídicas de carácter real de que sejam susceptíveis; 10.º dos *contratos* criadores de direitos de crédito, regulando-os, quanto à sua existência, validade e efeitos, a lei do lugar da sua execução; 11.º das *obrigações não convencionais*, regulando-as a lei do lugar da prática do acto que lhes der origem; 12.º das *sucessões*, tanto legítima como testamentária, regulando-as a lei da situação dos bens, excepto pelo que respeita aos legados de bens determinados que não tiverem lugar designado para o seu pagamento, que são regidos pela lei do domicílio do testador; 13.º da *prescrição*, sendo regulada, a extintiva, pela lei da respectiva obrigação e, a aquisitiva, pela lei da situação dos bens (art. 1.º a 55.º).

b) *Tratado sobre a aplicação das leis estrangeiras*. Dêste tratado interessa-nos neste momento o artigo 4.º, assim redigido: «As leis dos demais Estados nunca serão aplicadas contra as instituições políticas, contra as leis de ordem pública ou contra os bons costumes do lugar do processo».

A organização geral do direito internacional privado segundo êstes tratados é fundamentalmente semelhante à do Código argentino. Pontifica Savigny, sentindo-se contudo a influência de Story. É o sistema da lei do domicílio com uma clara tendência territorialista.

119—III— *Convenções da Haia*. O projecto de programa da primeira conferência de direito internacional privado (1893), enviado às potências pelo Governo holandês, continha um questionário sobre: a) *princípios gerais* de direito internacional privado quanto à determinação da lei reguladora do estado e capacidade das pessoas, dos bens e direitos reais, da forma dos actos, e da *matéria* dos actos jurídicos; b) *direitos de família*, compreendendo o casamento, paternidade e filiação legi-

tima e ilegítima, adopção, pátrio poder, tutela e interdição, e sucessões.

Ainda o ante-projecto de programa da conferência, elaborado pelos delegados holandeses e distribuído aos membros da mesma conferência, era formulado em oito artigos contendo disposições gerais relativas aos conflitos das leis de direito privado, abrangendo os assuntos que constituíam a parte geral do questionário, bem como as relações de família, as sucessões, a competência, forma de processo, provas, e situação dos estrangeiros perante o direito civil. Contudo, logo na primeira sessão de estudo da conferência, esta decidiu, por proposta do delegado francês Renault, estudar e resolver *questões concretas* de direito internacional privado e deixar à ciência a determinação dos princípios. Em harmonia com esta deliberação, foram, na conferência de 1895 e nas seguintes de 1894, 1900 e 1904, estudadas questões determinadas e formuladas regras práticas de resolução dos conflitos de leis e de jurisdições segundo já acima deixámos dito (1). As conferências não deixaram de subordinar a princípios os seus trabalhos e conclusões, mas os princípios, em vez de formalmente definidos, transparecem das resoluções adoptadas.

A orientação das conferências presidiu à celebração das convenções de 1896, de 1902 e de 1905, que não são mais do que a redução a tratados das conclusões respectivas das conferências de 1894, 1900 e 1904.

Assim, as convenções sobre processo civil de 14 de novembro de 1896 e de 17 de julho de 1905, regulando a comunicação internacional de actos judiciaes e extra-judiciaes, as cartas rogatórias, a caução *judicatum solvi*, a assistência judiciária gratuita e a prisão por dívidas, aplicam os princípios da competência localizada das leis reguladoras da forma do processo (conv. de 1896, art. 10.º; conv. de 1905, art. 14.º), e da territorialidade das leis de ordem pública, declarando inexecutíveis as notificações e as rogatórias enviadas por tribunais estrangeiros quando contrárias à segurança ou soberania do Estado local (conv. de 1896, art. 2.º e 7.º; conv. de 1905, art. 4.º e 11.º), mas estes princípios apenas transparecem da regulamentação das relações internacionais visadas pelas convenções como meio de disciplinar devidamente essas relações.

As restantes convenções regulam determinados grupos de relações jurídicas, a saber: condições de validade do casamento (12 de junho de 1902); divórcio e separação de pessoas (12 de junho de 1902); tutela de menores (12 de junho de 1902); direitos e deveres dos esposos nas suas relações pessoais e patrimoniaes (17 de julho de 1905); interdição (17 de julho de 1905); sucessões e testamentos (17 de julho de 1905).

(1) Supra, n.ºs 25 a 28.

E, nessa regulamentação, procuraram directamente estabelecer o regime internacional de certas instituições de direito privado.

E' certo que das suas disposições ressalta claramente a aplicação de princípios gerais. E' o que se vê — da convenção sobre o casamento que, de um modo geral, manda regular o direito de contrair casamento pela lei nacional de cada um dos cônjuges (art. 1.º) e a forma do casamento pela lei do lugar da celebração (art. 5.º), — da convenção sobre divórcio e separação, que torna o direito de pedir o divórcio ou a separação dependente da sua permissão ao mesmo tempo pela lei nacional dos cônjuges e pela lei local (art. 1.º), — da convenção sobre tutela de menores, que a manda regular pela lei nacional do tutelado (art. 1.º), — da convenção sobre direitos e deveres dos cônjuges, que manda regular as relações pessoais pela lei nacional dos esposos (art. 1.º), e as relações patrimoniaes pela lei nacional do marido ou pela lei escolhida pelos esposos, se a sua lei nacional lhes permitir celebrar um contrato de casamento e optar por uma lei diversa da lei nacional (art. 2.º e 5.º), e a forma do contrato de casamento pela lei do lugar da celebração ou pela lei nacional dos cônjuges (art. 6.º), — da convenção sobre interdição, que a manda regular, em geral, pela lei nacional do interdicendo (art. 1.º), — e da convenção sobre sucessões e testamentos, que submete a sucessão legítima e testamentária à lei nacional do autor da herança (art. 1.º) e a forma do testamento à lei do lugar da celebração (art. 3.º), as quais mostram, com efeito, terem aceitado de um modo geral e sob a sua forma de lei nacional, o princípio da personalidade das leis reguladoras do estado e capacidade das pessoas, relações de família, divórcio e separação, tutela, curatela e sucessão, bem como o princípio *locus regit actum* para regular a forma externa dos actos jurídicos, mas não os formularam de um modo expresso, apenas os aproveitando para organizar concretamente o regime jurídico internacional de determinadas relações jurídicas de direito privado.

Ainda as convenções aceitaram o princípio da territorialidade das leis de ordem pública, como princípio limite da aplicação das leis estrangeiras, mas o sistema seguido representa uma inovação importante e digna de especial referência. Em vez de formularem o princípio de um modo geral e ao mesmo tempo considerarem certas leis de ordem pública, como fizeram os tratados de Montevideo, seguiram o sistema de determinar com precisão as leis de ordem pública que podem obstar, relativamente ao objecto de cada uma das convenções, à aplicação das leis estrangeiras. E' o que se verifica: na convenção sobre casamento, que determina que a lei do lugar da celebração pode proibir o casamento de estrangeiros contrário às suas disposições sobre os impedimentos dirimentes de parentesco, adulterio e conjugicídio, ou sobre os impedimentos de carácter religioso ou provenientes de um casamento anterior, assim como

pode permitir aquele casamento mesmo quando haja impedimento segundo a lei nacional dos esposos, se esse impedimento for fundado em motivo religioso, e dispõe que os países cuja legislação exige uma celebração religiosa do casamento poderão deixar de reconhecer como válidos os casamentos dos seus nacionais celebrados por uma forma diferente (art. 2.º, 3.º, 5.º e 6.º); na convenção sobre divórcio e separação de pessoas, que expressamente exige, para os estrangeiros poderem divorciar-se ou separar-se, que o divórcio ou separação sejam reconhecidos pela lei local e que haja uma causa de divórcio ou de separação tanto pela lei nacional como pela lei local (art. 1.º, 2.º e 3.º); na convenção sobre tutela, que, mandando regular a administração dos bens do pupilo pela sua lei nacional, sujeita à lei da situação os bens imóveis colocados por essa lei num regime territorial especial (art. 6.º); na convenção sobre as relações jurídicas dos cônjuges, que determina que a lei normalmente competente para regular os bens dos esposos se não aplica aos imóveis colocados pela lei local num regime predial especial ou contra as leis locais destinadas a proteger os direitos de terceiros (art. 7.º e 8.º); na convenção sobre interdição, que dispõe que os Estados signatários podem declarar aplicáveis à interdição pronunciada por uma autoridade estrangeira as medidas de publicidade prescritas pela lei local para a interdição pronunciada pelas autoridades do país, devendo contudo os mesmos Estados *comunicar-se* mutuamente, por meio do Governo holandês, as disposições que tomarem a tal respeito (art. 9.º), e estabelece uma restrição semelhante à formulada pela convenção sobre a tutela quanto à administração dos bens do pupilo (art. 12.º); e na convenção sobre sucessões, que, mandando regulá-las pela lei nacional do autor da herança, reserva a aplicação das leis territoriais que tenham exclusivamente por fim evitar a divisão das propriedades rurais, ou coloquem os imóveis num regime predial especial, assim como as leis de natureza imperativa ou proibitiva concernentes às matérias que *forem indicadas* por comum acórdo dos Estados interessados num protocolo adicional, destinado a ser ratificado ao mesmo tempo que a convenção, devendo contudo os Estados, que queiram aproveitar-se de tais reservas, *comunicar* ao Governo holandês a enumeração das disposições das suas leis que serão aplicáveis às sucessões tanto de nacionais como de estrangeiros (art. 6.º). Em suma, as convenções da Haia ou *determinaram* desde logo ou obrigaram os Estados signatários a *comunicar*; *rem-se* mutuamente as leis de aplicação geral e territorial que devem servir de limite à aplicação das leis estrangeiras. Reconheceram, como era natural, leis de ordem pública, mas, para estabelecer a certeza nas relações privadas internacionais, quiseram determinar essas leis com precisão.

Em síntese, pois, as convenções da Haia orientam-se por princípios gerais, mas visam directa e imediatamente a regula-

mentação das instituições do direito privado, e reconhecem o princípio da territorialidade das leis de ordem pública, mas procuram fixar determinadamente estas leis.

As convenções da Haia marcam assim um estágio característico na evolução do direito Internacional privado, o qual se traduz na *organização concreta* do regime jurídico internacional, das instituições de direito privado, e na *determinação das leis de ordem pública internacional* que podem limitar a respeito de cada relação jurídica a lei que normalmente a deve regular.

Até hoje, as convenções da Haia quasi se têm limitado a regular instituições que entram na esfera de aplicação da lei pessoal, e aí têm aceitado rasgadamente a competência da lei nacional, não tendo em caso algum pactuado com a lei do domicílio, diferentemente do que acontece nos tratados de Monrevideo, onde a lei pessoal reveste sempre a forma da lei do domicílio.

Traçada a evolução doutrinal e *legal* do princípio do reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras, vamos verificar como o princípio saiu organizado da sua evolução.

SECÇÃO II

Organização do princípio

§ I

Elementos e forma geral de organização

SUMÁRIO. 120—Elementos de organização do princípio do reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras. I—A determinação da lei normalmente competente para regular as relações jurídicas como função específica do direito internacional privado quanto ao problema dos conflitos de leis. II—Os elementos de conexão das relações jurídicas com as regras de direito como meio de fixar a lei normalmente competente. III—A natureza das relações jurídicas e o fim social das leis como processo de determinação da lei normalmente competente. IV—O princípio da comunidade de direito como causa final da organização científica e legal da teoria da resolução dos conflitos de leis. V—Limite da aplicação das leis estrangeiras pelas leis de ordem pública internacional. VI—Classificação das leis, para o efeito da resolução dos conflitos, em leis de competência personalizada, leis de competência localizada, leis de competência voluntária e leis de ordem pública internacional. VII—A ideia de justiça como fundamento da aplicação das leis estrangeiras. 121—Forma de organização: regime jurídico internacional dos elementos da relação jurídica e regime jurídico internacional das instituições do direito privado.

120—Descrita a evolução do princípio do reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras, tanto na sua forma de *conceito doutrinai* como na sua forma de *regra de direito positivo*, procuraremos verificar como o princípio se tem organizado através da sua evolução, começando por determinar os *elementos de organização*. Eis, em nosso critério, esses elementos:

I—*A determinação de uma lei normalmente competente para regular as relações jurídicas como função específica do direito internacional privado quanto ao problema dos conflitos de leis*. A intenção científica das escolas e o fim prático das regras de direito positivo, em face do problema dos conflitos de leis, tem sido sempre determinar a lei aplicável a um facto ou a uma relação jurídica que se encontra em conexão com leis de diferentes Estados. Em verdade, o objectivo dos sistemas doutrinai e das normas jurídicas, em matéria de conflitos de leis, tem sido invariavelmente fixar a lei reguladora quer dos elementos gerais da relação jurídica, quer de cada uma das

instituições do direito privado—direitos de crédito, direitos reais, direitos de família e direitos de sucessão. É a lição inconstável dos factos. As escolas, as leis internas e os tratados divergem na determinação, por exemplo, da lei reguladora do estado e capacidade das pessoas, decidindo-se uns pela lei do domicílio e outros pela lei nacional, mas todos acabam por fixar *uma lei* que deve regular o estado e capacidade das pessoas. E o mesmo acontece a respeito de todos os factos e relações jurídicas que podem encontrar-se em contacto com leis de diferentes Estados. E também parece irrecusável que a lição dos factos é no sentido de que os grandes sistemas doutrinai ou as regras de direito positivo acêra da resolução dos conflitos de leis consideram a lei aplicável como *lei competente*, quer se trate de uma lei nacional, quer se trate de uma lei estrangeira, e não ensinam ou prescrevem que, quando seja aplicável uma lei estrangeira, deve ser apenas *recebido* o seu conteúdo e não *assimilado* o seu preceito. Nunca semelhante distinção se presente naqueles sistemas doutrinai nem se sente nas leis internas ou nos tratados que se tem proposto resolver o problema dos conflitos de leis. Semelhante distinção não passa de um exagêro formalista e de uma preocupação de técnica que tem contra si a realidade dos factos.

Um ensinamento positivo se colhe, porém, nos sistemas doutrinai e nas regras de direito positivo. É que a lei, declarada em princípio aplicável as relações jurídicas, deixa de o ser, desde que ofenda uma lei local de ordem pública internacional, e por isso deve dizer-se que a função específica do direito internacional privado quanto ao problema dos conflitos de leis, é fixar a lei *normalmente competente* para regular as relações jurídicas internacionais de carácter privado. Em vez de uma competência *absoluta*, trata-se apenas de uma competência *normal*.

II—*Os elementos de conexão das relações jurídicas com as regras de direito como meio de fixar a lei normalmente competente*. O meio por que a doutrina e o direito positivo têm procurado *sempre* fixar a lei normalmente competente para regular as relações jurídicas tem sido a consideração dos *elementos de conexão* de cada relação jurídica com as leis dos diferentes Estados, como a *nacionalidade* ou o *domicílio* do sujeito do direito, a *situação das coisas* objecto do mesmo direito, o *lugar* da prática ou da execução do acto jurídico, a *fonte* do agente ou agentes do acto jurídico, ou o *lugar* onde é intentada a acção, determinando-se a lei normalmente competente mediante o elemento de conexão considerado *decisivo* da atribuição de competência a uma das leis que entram em concorrência para regular a relação jurídica. Poderia dizer-se, na linguagem de Savigny, que o elemento de conexão decisivo fixa a *sede* da relação jurídica e, pela sede, fixa a competência da lei que deve regular essa relação.

III — *A natureza das relações jurídicas e o fim social das leis como processo de determinação da lei normalmente competente.* A determinação do elemento de conexão decisivo da competência da lei que normalmente deve regular a relação jurídica não pode, porém, ser arbitrária, devendo, ao contrário, obedecer a um *critério de justiça*, pois, tratando-se de estabelecer a lei reguladora de uma relação social, o resultado a conseguir é um *fim jurídico*, e por isso o processo de aí chegar deve ser um critério de justiça, isto é, um critério que represente a expressão jurídica de uma necessidade social.

Dois critérios *aparentemente distintos* têm sido formulados para fixar o elemento de conexão decisivo e, por êle, a lei normalmente competente para regular as relações jurídicas — o critério da *natureza da relação jurídica* e o critério do *fim social da lei*.

O primeiro critério foi, como vimos, formulado por Savigny. Eis as passagens do seu livro ⁽¹⁾ onde o critério se encontra estabelecido. A página 30, escreve: «O problema a resolver pode pôr-se nestes termos: Determinar para cada relação jurídica o domínio de direito mais conforme com a *natureza própria e essencial desta relação*». A página 109, acrescenta: «Vou reproduzir aqui a fórmula já apresentada e que resume assim o problema a resolver: «Investigar para cada relação jurídica o domínio de direito a que esta relação pertence pela *sua natureza* (onde esta relação jurídica tem a sua *sede*)».

Foi o mesmo critério aceito, entre outros, por Jitta, no seu livro — *La méthode du droit international privé*, onde afirma e demonstra que o problema da lei competente em direito internacional privado deve ser resolvido no sentido de aplicar às relações jurídicas o direito que convém à sua natureza, isto é, ao *fim social* da relação jurídica na comunidade jurídica universal dos indivíduos ⁽²⁾. Esta fórmula de Jitta, estabelecendo a equivalência entre a *natureza* e o *fim social* da relação jurídica, determina e esclarece a fórmula de Savigny, à qual foi feita a crítica de que, dizendo êle que se deve tomar por guia a natureza das coisas e investigar para cada relação jurídica o domínio de direito próprio desta relação, o grande jurisconsulto apenas exprimiu uma ideia confusa e inútil, pois, por um lado, não se pode apreender claramente que domínio de direito é este que êle considera próprio para cada relação jurídica e, por outro lado, não há ninguém entre os que estudam os conflitos de leis que não pretenda dar-lhes uma solução conforme à natureza das coisas ⁽³⁾. Em verdade, desde que se entenda que a *natureza da relação jurídica* é o mesmo que o seu *fim* ou a sua *função so-*

cial, a fórmula de Savigny já não pode ser acusada nem de confusa nem de inútil, pois não só se vê claramente qual seja o seu conteúdo, mas se reconhece o seu real valor, visto que ninguém poderá contestar que deve regular uma relação jurídica a lei que melhor garantir a realização do fim social que essa relação desempenha na vida jurídica dos indivíduos.

O critério do *fim social da lei*, embora já entrevisto ou aplicado por outros escritores, como Bártolo ⁽¹⁾, Coquille ⁽²⁾, Bouhier ⁽³⁾ e Von Bar ⁽⁴⁾, só pelo professor Antoine Pillet foi arvorado em princípio basilar de um sistema de resolução dos conflitos de leis. Lê-se na obra deste professor: «Fixar-nos hemos, como num princípio absoluto, na ideia de que a solução a escolher em cada caso é a que melhor respeitar o efeito social da lei interessada no debate... Consistindo a razão de ser da lei na acção social que dela espera o legislador, a harmonia mais perfeita que pode obter-se está fatalmente na solução que sacrificar a menor parte da acção social da lei... É a natureza social da lei que há de dar-nos a chave do problema. Considerada em si mesma e abstraindo das razões por que foi estabelecida, a lei não representa coisa nenhuma. A lei não tem em si mesma a sua razão de ser... O que dá à lei a sua razão de ser é a necessidade social a que ela vem dar satisfação: é desta necessidade que ela tira a sua legitimidade, a sua maior ou menor importância, os caracteres que a distinguem dos outros actos de autoridade e que, no domínio próprio das leis, permitem classificar estas em categorias distintas por algum traço essencial. O fim da lei é na realidade a alma da lei... é toda a lei... É pois a consideração do fim da lei que nos vai guiar na solução a dar aos conflitos que se apresentem» ⁽⁵⁾.

A lei competente para regular uma relação jurídica é, pois, para Savigny, a lei mais harmónica com a natureza da relação jurídica e, para Pillet, a lei que melhor realiza o fim social que o legislador teve em vista ao regular a mesma relação jurídica.

Serão, porém, os dois critérios fundamentalmente diferentes ou serão, ao contrário, *fundamentalmente idênticos*? «Parece muito difícil, escreve Dreyfus, distinguir a noção de fim social da lei da noção de natureza de relação jurídica, formulada por Savigny» ⁽⁶⁾. A nós parece-nos, não só difícil, mas impossível. A regra de direito não tem nem pode ter outro fim que não seja regular relações sociais, pois que o direito é sempre uma norma da vida social, e por isso é evidente que o

(1) *Traité de droit romain*, tom. VIII.

(2) Pág. 216 e seg.

(3) Pillet, *Principes*, pág. 281 e 282.

(1) Lainé, ob. cit., I, pág. 156

(2) Lainé, ob. cit., pág. 303.

(3) Lainé, ob. cit., II, pág. 53 e seg.

(4) Ob. cit., § 34.º

(5) *Principes*, págs. 266, 267, 269 e 270.

(6) *L'acte juridique en droit international privé*, pág. 143, nota 1.

fim da lei é fatalmente satisfazer uma necessidade social traduzida por uma relação entre os homens e, para que a mesma lei preencha o seu destino, deve corresponder à natureza própria dessa necessidade social e portanto à natureza da relação jurídica. Natureza da relação jurídica e fim social da lei são assim duas fórmulas diferentes da mesma ideia. A diferença é apenas de ponto de vista. Savigny atendeu de preferência ao *objecto* da regulamentação legal; Pillet atendeu de preferência à *norma* reguladora. E tanto os dois critérios são no fundo idênticos, que se lê no livro de Pillet: «Referindo-nos à doutrina de Savigny, sustentamos que, para ir de conformidade com a natureza das coisas, como êle quer, um só elemento deve ser considerado: o fim social da lei. . . Estamos prontos a adoptar a terminologia de Savigny, uma vez que por natureza das coisas se entenda o fim social da lei e não outra coisa» (1).

Mas, se os dois critérios são fundamentalmente idênticos, traduzirão êles a verdade científica no que respeita à determinação da lei normalmente competente para regular as relações jurídicas? Consideramos isso incontestável.

Com efeito, quando uma lei ou um tratado dispõem que o *estado e capacidade* são regulados pela *lei nacional*, que a *propriedade* é regulada pela *lei da situação*, que a *forma externa dos actos* é regulada pela *lei do lugar da celebração*, que a *lei escolhida* pelos interessados regula os *efeitos voluntários* dos actos jurídicos, e que a forma do processo é regulada pela *lex fori*, procederão arbitrariamente, ou determinar-se não por alguma causa final que explique a divergência de regime para os diferentes elementos da relação jurídica? É evidente que a lei ou o tratado estabelecem a diversidade de regime em atenção à diversidade de natureza dos factos jurídicos que a lei vem regular.

O estado e capacidade, que são *faces* da personalidade, devem participar da estabilidade indispensável à mesma personalidade, e por isso uma lei idêntica os deve regular permanentemente, e daí a competência exterritorial da lei pessoal.

A propriedade, embora proporcione utilidades às pessoas, é um elemento estranho às mesmas pessoas, sendo natural que num mesmo Estado as mesmas coisas possam prestar as mesmas utilidades e da mesma forma, e por isso a lei naturalmente competente para regular a propriedade é a lei do lugar da sua situação.

O acto jurídico, como *produto* da vontade, deve revestir a *forma* suficiente para traduzir a manifestação da vontade e a lei que *em todos os casos* pode oferecer ao agente ou agentes do acto um meio jurídico de exteriorização da vontade é a lei do lugar da celebração. Por outro lado, o acto jurídico é um *pro-*

(1) *Principes*, pág. 282.

duto isolado da vontade, que interessa, mas não se identifica com a personalidade, assumindo, como diz Dreyfus (1), uma individualidade jurídica própria e localizando-se num lugar determinado, devendo regê-lo quer a lei do lugar da celebração quer a lei do lugar da execução, quer ambas, segundo os seus diferentes elementos.

A relação jurídica torna-se efectiva normalmente mediante o recurso à *acção judiciária*, esta desenvolve-se perante o tribunal de determinado país, o tribunal, como órgão do poder público, deve naturalmente administrar justiça segundo as regras de competência e de processo formuladas nas leis do Estado a que pertence, e por isso a *lex fori* é também naturalmente a lei competente para regular a competência e a forma do processo.

Se da relação jurídica em geral passarmos a considerar cada um dos grupos de relações jurídicas em especial—direitos de crédito, direitos reais, direitos de família e direitos de sucessão, verificamos igualmente que é em atenção à natureza das relações jurídicas, como razão do fim social da lei, que as leis internas ou os tratados fixam a lei reguladora das mesmas relações jurídicas, submetendo em geral os direitos de crédito à lei do lugar da prática do acto jurídico ou à lei do lugar da execução, combinando uma ou outra lei com o princípio da autonomia da vontade, subordinando os direitos reais à *lex rei sitæ* e sujeitando os direitos de família e as sucessões à lei pessoal.

Podemos portanto afirmar-se com segurança que a natureza da relação jurídica, como razão determinante do fim social da lei, constitui o *critério positivo* da determinação do *elemento de conexão decisivo* da determinação da lei normalmente competente para regular as relações jurídicas.

IV—O *princípio da comunidade de direito como causa final da organização científica e legal da teoria de resolução dos conflitos de leis*. O estudo da doutrina e do direito positivo mostra que, na determinação da lei normalmente competente, para regular as relações jurídicas, se põe de lado a *nacionalidade da lei*, para só se atender à *função social* da relação jurídica, devendo ser aplicada a lei competente independentemente da sua qualidade de nacional ou de estrangeira. Este facto indica claramente que, segundo os conceitos correntes, o tribunal de qualquer país tanto pode aplicar a lei desse país como pode aplicar uma lei estrangeira, pois o seu dever é aplicar a lei competente, seja esta nacional ou seja estrangeira. Mas, se assim é, para o tribunal português, por exemplo, tanto é *fonte de direito* a lei portuguesa como a lei estrangeira, uma vez que a lei estrangeira seja competente para regular dada relação jurídica, e para um tribunal estrangeiro

(1) *Ob. cit.*, Paris, 1904, pág. 296.

tanto será fonte de direito a sua própria lei como a lei portuguesa, se a esta pertencer a competência. Dêste modo, o império da lei é *comum* a diferentes Estados. Assim, suponhamos que uma questão relativa ao estado e capacidade de portugueses surge simultaneamente ou sucessivamente perante um tribunal português, perante um tribunal espanhol, perante um tribunal francês e perante um tribunal italiano. O tribunal português aplicará a lei portuguesa, e o tribunal espanhol, francês ou italiano aplicará igualmente a lei portuguesa, pois o direito italiano, o direito francês e o direito espanhol mandam regular o estado e capacidade das pessoas pela lei do seu país, isto é, reconhecem como fonte de direito uma mesma lei estrangeira. Se, ao inverso, supusermos que perante um tribunal português surge uma questão de capacidade relativa a um espanhol, a um francês ou a um italiano, o tribunal português aplicará a lei espanhola, a lei francesa ou a lei italiana, sendo assim as leis estrangeiras fonte de direito para os tribunais portugueses. Isto é, a teoria jurídica da resolução dos conflitos de leis assenta no *princípio da comunidade de direito*, pois é evidente que, pela aplicação da lei normalmente competente, independentemente da sua qualidade de nacional ou de estrangeira, as leis de cada país tornam-se *comuns* aos outros países quanto às relações jurídicas que têm com essas leis um elemento de conexão considerado decisivo da competência das mesmas leis.

Mas o princípio da comunidade de direito, que assim se revela *empiricamente* no modo por que a doutrina e o direito positivo organizam os sistemas de resolução dos conflitos de leis, é *elemento constitucional* de todos os sistemas de resolução de conflitos que assentam no princípio irrecusável do reconhecimento do valor e eficácia das leis estrangeiras e que determinam a lei competente para regular as relações jurídicas segundo a natureza ou função social destas relações e segundo o fim social das leis. Se a competência da lei deriva do seu fim social, a competência da lei é independente da sua nacionalidade, e por isso a lei de qualquer Estado é *comum* a todos os outros Estados quanto às relações jurídicas que entram na esfera da sua competência. Em última análise, pois, o princípio da comunidade de direito é inseparável de todo o sistema de conflitos de leis que não assente no princípio da absoluta territorialidade das leis, e portanto é inseparável de todo o sistema de conflitos de leis que tenha bases científicas, pois que o princípio da absoluta territorialidade das leis é inteiramente incompatível com as exigências elementares da justiça na ordem internacional.

Não é, portanto, exagêro dizer que o princípio da comunidade de direito é o grande princípio basilar da organização científica da teoria dos conflitos de leis.

V — *Limite de aplicação das leis estrangeiras pelas leis de ordem pública internacional.* Em todos os sistemas doutri-

nais, assim como no direito positivo, quer estabelecido em tratados, quer sancionado em leis internas, quer firmado pela jurisprudência dos diversos Estados, ao mesmo tempo que se formulam princípios ou definem regras para determinar a lei reguladora das relações jurídicas, independentemente da nacionalidade da lei, isto é, sem inquirir se a lei é nacional ou estrangeira, estabelece-se um *limite* à aplicação da lei normalmente competente, quando essa lei seja estrangeira, afirmando-se, dispondo-se ou julgando-se que a lei estrangeira considerada normalmente competente não poderá aplicar-se quando contrária a determinadas leis locais, que ora se designam sob a fórmula genérica de *leis de ordem pública* (o que constitui a prática geral) ora se indicam especificadamente (como se faz em algumas convenções da Haia). Assim é, por exemplo, que o Código comercial português, depois de determinar que os actos de comércio serão regulados, quanto à capacidade, pela *lei nacional* (art. 12.º), quanto à forma, pela *lei do lugar da celebração* (art. 4.º, n.º 3.º), quanto à substância e efeitos, pela *lei escolhida* pelas partes ou, na falta de escolha, pela *lei do lugar da celebração* (art. 4.º, n.º 1.º), e quanto ao modo de cumprimento pela *lei do lugar do cumprimento* (art. 4.º, n.º 2.º), dispõe que o preceito do n.º 1.º do artigo 4.º e o preceito do artigo 12.º não são aplicáveis quando da sua execução resulta ofensa ao direito público português ou às leis de ordem pública. É a revelação no direito português do fenómeno que aparece no direito de todos os povos civilizados.

É pois certo e positivo que a aplicação da lei normalmente competente não tem carácter absoluto, mas encontra um limite nas leis de ordem pública do Estado de aplicação.

VI — *Classificação das leis para o efeito da resolução dos conflitos em leis de competência personalizada, leis de competência localizada, leis de competência voluntária e leis de ordem pública internacional.* A análise das fontes doutrinárias ou positivas do direito internacional privado demonstra que, sob o ponto de vista da resolução dos conflitos, as leis formam, segundo o seu fim social, segundo a natureza das relações jurídicas que vêm regular e segundo o limite de aplicação da lei normalmente competente pelas de ordem pública, os seguintes grupos:

a) *Leis de competência personalizada* ou *leis pessoais.* Com maior ou menor amplitude, a doutrina e o direito positivo admitem sempre que certas leis, designadamente as relativas ao *estado e capacidade das pessoas*, devem reger estas onde quer que elas se encontrem, considerando a aplicação permanente dessas leis necessária à estabilidade e continuidade da personalidade jurídica dos indivíduos. Divergem as escolas e divergem as legislações sobre se a *lei pessoal* deve ser a *lei do domicílio* ou se deve ser a *lei nacional*, mas todas reconhecem a existência da lei pessoal.

O meio de determinação da lei pessoal é sempre o domicílio ou a nacionalidade do indivíduo, sendo assim o domicílio ou a nacionalidade o *elemento de conexão decisivo* da competência das leis que devem acompanhar o indivíduo e lhe devem ser aplicadas onde quer que êle se encontre.

Ainda em face das fontes, a lei pessoal apresenta os seguintes caracteres:

1.º) *Competência exterritorial*. A lei pessoal acompanha o indivíduo, é aplicável aos actos que êle pratique onde quer que êles sejam praticados, e portanto ainda fora do território do Estado a que o mesmo indivíduo pertence ou onde tem o seu domicílio, e por isso é evidente que a lei pessoal tem competência exterritorial.

2.º) *Valor exterritorial*. O acto que entra no domínio da lei pessoal, e que é praticado em harmonia com esta lei, tem valor perante os tribunais tanto do Estado que promulgou a lei, como dos tribunais dos demais Estados que admitem a mesma forma de lei pessoal, e por isso a lei pessoal tem, ainda evidentemente, valor exterritorial, o que, de resto, é uma consequência da sua competência exterritorial. Se fôsse preciso exemplificar, diríamos que, dispondo o artigo 27.º do Código civil que a capacidade dos estrangeiros é regulada pela lei do seu país, isso importa a consequência de que, por exemplo, a lei francesa de capacidade deve ser aplicada aos actos praticados pelos franceses em Portugal, o que mostra a competência exterritorial das leis de capacidade, e importa igualmente a consequência de que, sendo o acto praticado em França ou em Espanha e depois apreciado por um tribunal português, o tribunal deve apreciá-lo segundo a lei francesa, o que põe em relêvo o valor exterritorial das mesmas leis de capacidade.

O corolário lógico da competência e do valor exterritorial da lei pessoal é a sua aplicação permanente. Uma lei que acompanha o indivíduo e domina os actos que êle pratica em qualquer parte, e que deve presidir à apreciação dos mesmos actos quando e onde quer que êles sejam apreciados, é claramente uma lei de aplicação permanente. Foi portanto com inteiro rigor que Pillet assinalou às leis pessoais os caracteres da aplicação exterritorial e da aplicação permanente, pois semelhantes caracteres assentam na análise das fontes do direito internacional privado (1).

Através dos princípios doutrinários e das regras do direito positivo, é possível determinar quais são as leis a que se tem atribuído a qualidade de leis pessoais. São aquelas cujo *fin social* consiste em regular qualidades ou poderes individuais que interessam imediatamente à constituição e à estabilidade da personalidade jurídica, para o efeito de assegurar a permanência

no tempo e a continuidade no espaço de que carece a mesma personalidade, sob o ponto de vista físico, moral e patrimonial. Em verdade, a doutrina e o direito positivo, em maior ou menor grau, consideram leis pessoais as leis relativas ao estado e capacidade, às relações de família, às sucessões, e, segundo uma corrente doutrinária apreciável, também às doações, o que, bem considerado, tudo se refere à unidade, permanência e continuidade da personalidade (1).

b) *Leis de competência localizada*. A análise que fizemos dos sistemas doutrinários e dos textos, quer legislativos quer convencionais, mostra que, na determinação da lei competente para regular as relações jurídicas, a doutrina ou o legislador atenderam muitas vezes ao *lugar*, quer da situação das coisas, quer da celebração ou da execução de um acto jurídico, quer da verificação de um facto de que resultam consequências jurídicas. Assim: é uma regra unanimemente adoptada que as *coisas imóveis*, consideradas como objecto de direitos reais, são reguladas pela *lei do lugar da situação*; é regra muito seguida que as *coisas móveis* são igualmente reguladas pela *lei do lugar da situação*; é princípio corrente que a *forma externa dos actos* é ou pode ser, pelo menos dentro de certos limites, regulada pela *lei do lugar da celebração*; é doutrina largamente consagrada legislativamente que a *substância e efeitos dos actos* jurídicos constitutivos de direitos de crédito são regulados pela *lei do lugar da celebração* ou pela *lei do lugar da execução*; é preceito universal que a *competência judiciária* e a *forma do processo* são reguladas pela *lei do lugar da propositura da acção*, etc. Quere dizer, para fixar a lei reguladora de certos factos ou relações jurídicas, toma-se como *elemento de conexão decisivo* o lugar da situação das coisas ou da verificação de um facto jurídico. De modo que, a situação das coisas ou a verificação do facto *localiza* a relação jurídica para o efeito da competência legislativa e, como consequência, *localiza a competência da lei*, podendo dizer-se que as leis relativas ao regime dos bens como objecto de direitos reais, à forma dos actos em geral, à substância e efeitos dos actos constitutivos de direitos de crédito, à competência e à forma do processo são — *leis de competência localizada*.

E com que caracteres nos aparecem estas leis? Dois caracteres nos são revelados pela análise da doutrina e do direito positivo:

1.º) *Competência territorial*. A lei de competência localizada aplica-se só, mas aplica-se a *todas* as coisas que se encontram situadas ou a todos os factos que se verificam *dentro do território* do Estado legislador, e por isso a sua competência de regulamentação é evidentemente territorial

(1) *Principes*, n.ºs 135 e 142.

(1) Vide Dreyfus, ob. cit., pág. 146 e 151.

2.º) *Valor extrritorial*. Uma vez fixada a competência da lei de um Estado pela situação das coisas ou pela verificação de factos dentro do território desse Estado, a eficácia dessa lei é reconhecida pelos tribunais dos outros Estados, os quais aplicam a mesma lei sempre que devam ou possam conhecer de questões respeitantes às relações jurídicas que tenham por objecto as mesmas coisas ou sejam constituídas pelos mesmos factos. É uma coisa evidente no que se refere às leis reguladoras da forma externa dos actos. Assim, quando o artigo 24.º do Código civil diz que a forma externa dos actos praticados pelos portugueses em país estrangeiro é regulada pela lei do lugar da celebração, quer evidentemente significar que os tribunais portugueses, quando tenham de apreciar os mesmos actos, devem aplicar como lei de forma a lei do lugar da celebração. Isto é, o tribunal português reconhece valor e aplica uma lei estrangeira de competência localizada. Ainda é uma coisa corrente quanto à lei reguladora da substância e efeitos dos actos jurídicos, sendo o que dissemos a respeito do artigo 24.º do Código civil igualmente certo a respeito do artigo 4.º, n.º 1.º, do Código comercial. O seu preceito dá competência à lei do lugar da celebração, sem distinguir se o acto é celebrado em Portugal ou no estrangeiro, e portanto, quando celebrado no estrangeiro e os tribunais portugueses tenham de conhecer do mesmo acto, têm de guiar-se pela lei do lugar da celebração, isto é, têm de reconhecer eficácia e aplicar uma lei estrangeira de competência localizada. O mesmo se verifica quanto às leis que regem a condição jurídica das coisas, embora o facto não seja tão freqüente, pela razão de que a competência para conhecer de acções reais pertence geralmente aos tribunais do país da situação. Quando, porém, o tribunal de um país tenha de resolver sobre direitos reais inerentes a coisas situadas em país estrangeiro, deve guiar-se pela lei da situação. Outra não pode ser, por exemplo, a inteligência do artigo 7.º do título preliminar do Código civil italiano, que manda regular os bens imóveis pela lei da sua situação, do artigo 10.º da lei japonesa de 15 de junho de 1898, que manda regular os direitos reais sobre móveis ou imóveis e os direitos sujeitos a registo pela lei do lugar onde se encontre o objecto dos mesmos direitos, e do artigo 26.º do tratado de Montevidéu, de 12 de fevereiro de 1889, sobre direito civil, que dispõe que os bens, qualquer que seja a sua natureza, são exclusivamente regulados pela lei do lugar da sua situação quanto à sua classificação, quanto à posse, quanto à sua alienabilidade absoluta ou relativa e quanto a todas as relações jurídicas de carácter real de que são susceptíveis. Esses preceitos significam que os tribunais italianos, os tribunais japoneses e os tribunais dos Estados signatários daquele tratado devem aplicar a lei da situação dos bens, sempre que tenham de decidir sobre direitos reais, independentemente da circunstância de a lei ser nacional ou estrangeira. Mais uma vez, pois, o tri-

bunal de um país reconhece eficácia e aplica uma lei estrangeira de competência localizada.

Não é tão aparente a mesma ideia relativamente às leis de competência e processo. Cada tribunal só pode aplicar a lei de competência ou de processo do próprio Estado a que pertence, e portanto parece que o tribunal de um país não pode aplicar nem pode reconhecer valor às leis de competência e processo de outro país. Contudo, o princípio geralmente reconhecido de que os tribunais de um Estado podem executar, dadas certas condições, as sentenças proferidas pelos tribunais de outros Estados vem mostrar que os tribunais do Estado de execução, se não aplicam, reconhecem valor à lei de processo aplicada pelo tribunal de julgamento. Com efeito, executar uma sentença proferida por um tribunal estrangeiro equivale a considerá-la regularmente proferida pelo tribunal estrangeiro sob o ponto de vista formal, e equivale, por sua vez, a reconhecer eficácia à lei de processo do Estado onde a acção foi intentada. Mas, até certo ponto, o tribunal do Estado de execução aplica a lei do Estado de julgamento. É o que acontece sempre que é condição de execução da sentença o terem-se verificado certas formalidades de processo da lei do tribunal julgador, pois que, em tal caso, o tribunal do Estado de execução aplica realmente a lei de processo estrangeira quando vai verificar se tais formalidades foram cumpridas. Esclarece este ponto o artigo 1088.º, § 1.º, n.º 4, do nosso Código de processo civil, segundo o qual, é condição de confirmação da sentença estrangeira que as partes tenham sido devidamente citadas ou, quando não compareçam, que se tenha verificado legalmente a revelia, e é evidente que a regularidade da citação e a legalidade da verificação da revelia têm de ser apreciadas em harmonia com a lei de processo do Estado em que foi proferida a sentença (1). Sendo assim, o tribunal português, para decidir, tem de aplicar aquela lei de processo, ou seja uma lei estrangeira de competência localizada.

Verifica-se assim que, ao lado de *leis pessoais* destinadas a assegurar a estabilidade, permanência e continuidade da personalidade jurídica do indivíduo, a construção doutrinal e legal da teoria dos conflitos de leis criou a categoria das *leis de competência localizada*, destinadas a garantir, quer a *uniformidade* do regime das coisas existentes no território de um mesmo Estado e que constituem a base da sua vida económica, quer a *unidade* do regime dos factos jurídicos que se verificam dentro do território de um Estado, emquanto esses factos podem ser considerados como entidades jurídicas autónomas em relação às pessoas que os praticam. No torvilinho da vida

(1) Dr. Marnoco e Sousa, *Execução extraterritorial das sentenças civis e comerciais*, pág. 220 e seg.; Dias Ferreira, *Código de processo civil anotado*, tomo III, pág. 41.

social moderna, se se compreende que se assegure a estabilidade da situação jurídica das pessoas cujos actos formam a trama da vida social, igualmente se vê a necessidade de dar unidade à acção das pessoas sobre as coisas e ao efeito jurídico dos actos das pessoas quando essas coisas se encontram e êsses actos são praticados no domínio da ordem jurídica de um determinado Estado. Ora essa unidade só pode conseguir-se sujeitando o regime das coisas ou o regime dos factos jurídicos à lei dêsse mesmo Estado. A lei organiza o regime jurídico das coisas e regula o regime jurídico dos factos humanos para disciplinar as manifestações da actividade individual, e é de primeira intuição que o regime das coisas ou o regime dos actos humanos seja o *mesmo* dentro do mesmo Estado, uma vez que seja respeitada a estabilidade jurídica da personalidade.

Admitindo leis de competência localizada, a doutrina e o direito positivo partem, pois, da natureza das relações jurídicas e do fim social das leis.

c) *Leis de competência voluntária.* A contar do estatutário *Dumoulin*, quasi todos os sistemas doutrinários e quasi sempre a jurisprudência, as leis internas ou os tratados admitem que os agentes de um acto jurídico podem, dentro de certos limites, *escolher a lei* que hade regular ou só os *efeitos* ou os *efeitos* e também *a existência* do mesmo acto. Representa êste facto o reconhecimento do *princípio da autonomia da vontade* em direito internacional privado, cuja acção consiste na faculdade de escolher a lei competente para regular determinadas relações jurídicas. Isto verifica-se, designadamente, nos contratos criadores de direitos de crédito e no testamento a respeito da devolução da quota disponível.

Sem quereremos, por agora, discutir o que há de verdadeiro ou de falso na teoria da autonomia da vontade em direito internacional privado, o que faremos em outro lugar, notaremos que o reconhecimento dessa teoria faz aparecer uma terceira categoria de leis — as *leis de competência voluntária*, cujo elemento de conexão com as relações jurídicas é a *vontade* dos interessados, ou, talvez melhor, a *escolha* feita pelos mesmos interessados.

Esta escolha pode ser, porém, expressa, tácita ou presumida. É *expressa*, quando os agentes dos actos jurídicos indicam determinadamente certa lei para regular as relações jurídicas constituídas pelos mesmos actos. É *tácita*, quando, não tendo sido designada directamente aquela lei, as circunstâncias que acompanham o acto mosiram que os interessados tiveram em vista a lei de determinado país. É *presumida*, quando, não sendo indicada nem directamente no acto nem indirectamente pelas circunstâncias a lei reguladora da relação jurídica, o direito interno ou os tratados mandam aplicar *supletivamente* uma certa lei, sobre a presunção de que, se tivessem escolhido, os interessados escolheriam essa lei.

As leis de competência voluntária cuja competência resulta da escolha expressa ou tácita dos agentes dos actos jurídicos aparecem com os seguintes caracteres:

1.º) *Competência exterritorial.* São evidentemente de competência exterritorial, pois, se os agentes do acto, praticando êste, por exemplo, em Portugal, escolhem a lei francesa para regular os seus efeitos, a lei francesa applica-se a actos passados fora do Estado legislador, isto é, *extra territorium*. Contudo, esta applicação exterritorial não se impõe à vontade dos agentes, mas, ao contrário, depende da vontade deles, e por isso também é evidente que se trata de uma exterritorialidade voluntária. E nisto diferem as leis de competência voluntária das leis pessoais, pois que estas são de exterritorialidade *necessária*, isto é, a sua competência impõe-se à vontade das pessoas nacionais ou domiciliadas no Estado legislador.

2.º) *Valor exterritorial.* Sendo lícito aos agentes de um acto jurídico escolher como lei reguladora do mesmo acto uma lei diferente da do Estado onde o acto é praticado bem como da do Estado onde o acto tem de ser executado, a lei escolhida deve ser applicada ao acto onde quer que êste seja apreciado e, por isso, através do acto de vontade, a lei escolhida tem valor exterritorial, para definir a existência ou os efeitos do mesmo acto.

Tudo o que fica dito se verifica facilmente numa rápida análise do artigo 4.º, n.º 1.º, do Código comercial. Pelo preceito dêsse artigo, as partes podem escolher a lei reguladora dos efeitos do acto de comércio, visto o preceito dizer que os efeitos do acto de comércio são regulados pela lei do lugar da celebração, *salva convenção em contrário*. A ressalva da convenção em contrário é evidentemente para a escolha da lei reguladora daqueles efeitos. Mas, se é assim, e supondo, por exemplo, que as partes praticam o acto em Espanha e escolhem a lei italiana para regular os seus efeitos, a lei italiana fica tendo competência para regular os efeitos do acto onde quer que êste seja apreciado, e portanto, sendo apreciado em Portugal, por exemplo, terá a lei italiana evidentemente competência e valor exterritorial.

As leis de competência voluntária de *escolha presumida*, sendo sempre de *valor exterritorial*, identificando-se nessa parte com as leis de escolha expressa ou tácita, são ora de *competência exterritorial* ora de *competência territorial*. São de competência exterritorial, quando o direito interno ou os tratados mandam applicar como lei supletiva a lei pessoal do agente ou de um dos agentes do acto jurídico. É o que acontece com a lei reguladora do regime dos efeitos voluntários do testamento, que, na falta de escolha, feita pelo testador, da sua lei reguladora, são regulados pela lei pessoal do testador, e com o regime de bens no casamento, que, na falta de escolha feita pelos cônjuges, é regulado pela lei nacional do

marido (Cód. civ., art. 1107.º). Em ambos os casos, a lei aplicável pode abranger actos praticados fora do território do Estado legislador, e, portanto, é de competência exterritorial.

São, ao contrário, de competência territorial quando o direito interno ou os tratados mandam aplicar como lei supletiva uma lei de competência localizada. E' o que se dá com a lei reguladora dos efeitos dos actos de comércio quando os interessados não escolhem essa lei, considerando-se competente a lei do lugar da celebração dos mesmos actos (Cód. comercial, art. 4.º, n.º 1.º). Porque a sua competência se determina atendendo a um certo *lugar*, a lei supletiva apenas atinge os actos praticados dentro do território do Estado legislador e, portanto, é de competência territorial.

Qualquer que seja a sua espécie, as leis de competência voluntária têm o destino de tornar efectivo o princípio da autonomia da vontade, dentro dos limites em que tal princípio é legítimo na fixação do regime legal dos actos jurídicos.

d) *Leis de ordem pública*. Com divergências ligeiras, e mais aparentes que reais, todos os sistemas doutrinários fundados na comunidade de direito e, sem divergências, as leis internas, os tratados e a jurisprudência dos diferentes Estados *modificam* a aplicação da lei normalmente competente determinada pela nacionalidade ou pelo domicílio, pelo lugar da situação das coisas ou pelo lugar da verificação de um facto jurídico, e pela escolha dos interessados, com o limite das *leis de ordem pública internacional*, verificando-se por toda a parte este fenómeno: — a lei normalmente competente para regular as relações jurídicas tem de ceder perante um preceito da *lex fori* considerado de ordem pública. Qualquer que seja a fórmula que se lhe dê na doutrina e qualquer que seja a fórmula com que apareça nos julgados dos tribunais, nas disposições das leis internas ou nas estipulações dos tratados, o conceito é geral na doutrina e no direito positivo, e por isso tem de ser devidamente considerado num sistema de conflitos de leis que assente na análise dos factos. E não deixou o conceito de ser traduzido formalmente no direito português. Basta ler o artigo 1088.º, § 1.º, n.º 5.º, do Código do processo civil e os artigos 4.º, § único, e 12.º do Código comercial, para verificarmos que a lei considerada pelo direito português como normalmente competente para regular as relações jurídicas não poderá ser aplicada quando contrária a uma lei portuguesa de interesse e ordem pública. E, como o tribunal tem de julgar (Código do processo civil, art. 97.º), e uma vez que não pode aplicar a lei normalmente competente, tem de aplicar naturalmente a lei portuguesa. E, pois, legítimo e é necessário admitir uma nova classe de leis, as *leis de ordem pública*. E estas leis vão aparecer-nos com os seguintes caracteres:

1.º) *Competência territorial*. Desde que a lei normalmente competente é declarada inaplicável por contrária a uma

lei local de interesse e ordem pública, a lei local vai tomar o seu lugar, assumindo competência para regular a respectiva relação jurídica. Esta competência excepcional da *lex fori* é, porém, *territorial* no sentido de que a lei apenas é aplicável dentro do território do Estado onde deveria ser aplicada a lei normalmente competente. E' evidente que, dado o pensamento que preside ao reconhecimento das leis de ordem pública, que é a contraposição dessas leis às leis normalmente competentes para regular as relações jurídicas, o tribunal não pode opor à aplicação de uma lei estrangeira senão a lei do seu próprio Estado, pois o tribunal é guarda dos interesses desse Estado e não dos interesses de qualquer outro (1)

2.º) *Valor territorial*. O reconhecimento de leis de ordem pública como *leis-limite* à aplicação da lei normalmente competente funda-se na existência de uma *divergência* tão profunda entre a *lex fori* e a lei estrangeira que, aplicá-la, representaria uma grave perturbação dos fundamentos da ordem jurídica, e essa divergência pode muito bem não existir entre a lei normalmente competente e as leis dos outros Estados, os quais, por isso, não só podem, mas devem, aplicar a mesma lei, pois o desvio da lei normalmente competente é uma excepção e, como tal, limita-se naturalmente aos casos em que se verificam as condições que produzem a excepção.

A's leis de ordem pública internacional pode, porém, ser atribuído, mediante tratados, valor exterritorial, transformando-as num elemento da comunidade de direito, como, a seu tempo, teremos ocasião de ver.

VII — *A ideia de justiça como fundamento da aplicação das leis estrangeiras*. O reconhecimento de leis pessoais, de leis de competência localizada e de leis de competência voluntária conduz naturalmente à aplicação de leis estrangeiras, sendo

(1) Tanto às leis de competência localizada como às leis de ordem pública atribuímos como característica a *competência territorial*. Para evitar equívocos e para proceder com a conveniente clareza, importa observar que têm base diferente a *competência territorial* das leis de competência localizada e a *competência territorial* das leis de ordem pública. A primeira é uma *competência territorial ratiōne loci*, dependendo de a lei vigorar no *lugar* da situação de uma coisa ou da verificação de um facto, e sendo por isso uma *competência normal*. A segunda é uma *competência territorial ratiōne fori*, dependendo de a lei vigorar no território onde teria de ser aplicada uma lei estrangeira normalmente competente para regular certa relação jurídica, sem ligação alguma com a nacionalidade ou com o domicílio do sujeito da relação jurídica nem com o lugar da situação do objecto dessa relação ou com o lugar da verificação do facto por que ela se constituiu, resultando a sua aplicação apenas de vigorar no lugar onde teria de ser aplicada uma lei estrangeira e de uma razão de ordem pública impor essa aplicação. A diferença entre as duas formas de competência territorial está, pois, em que a *competência territorial* das leis de competência localizada é uma *competência normal*, ao passo que a *competência territorial* das leis de ordem pública internacional é uma *competência de excepção* ou de *limitação*.

a determinação das condições dessa aplicação que constitui verdadeiramente o objecto do problema dos conflitos de leis. Qual será, pois, o fundamento da aplicação das leis estrangeiras?

As escolas estatutárias italiana e francesa fundavam a aplicação das leis estrangeiras numa *razão de justiça*. Quando competente, a lei estrangeira devia ser aplicada porque a sua aplicação traduzia a justiça na regulamentação das relações jurídicas. Por seu lado, a escola estatutária holandesa baseava a aplicação das leis estrangeiras numa razão de *cortesia internacional*. O único princípio verdadeiro para essa escola era a territorialidade das leis, e por isso a aplicação de uma lei estrangeira só podia assentar num motivo de cortesia internacional.

As doutrinas da comunidade de direito assimilaram naturalmente o princípio da doutrina estatutária italiana e francesa. Savigny, Mancini e Pillet, os três representantes dos mais importantes sistemas fundados na comunidade de direito, são concordes nesse ponto. Savigny escreve que o acôrdo amigável dos Estados soberanos, para admitir as leis originariamente estrangeiras entre as fontes onde os seus tribunais devem procurar a solução de muitas questões jurídicas, não é o efeito de uma pura benevolência, mas antes um desenvolvimento próprio do direito ⁽¹⁾, isto é, representa a realização de uma idea de justiça. Mancini formula assim as suas ideas: «O tratamento dos estrangeiros não pode depender da *comitas* e da vontade soberana e arbitraria de cada Estado. A sciência não pode considerar este tratamento senão como um *dever rigoroso de justiça* internacional, a que uma nação não pode subtrair-se sem violar o direito das gentes, sem quebrar o laço que une a espécie humana numa grande *comunidade de direito*, fundada sobre a comunidade e sociabilidade da natureza humana, sem se tornar membro rebelde e refractário desta sociedade universal, que Wolff chamava *Respublica maxima gentium*» ⁽²⁾. Pillet perfilha o mesmo pensamento, quando escreve: «O sistema da *comitas gentium* consiste na combinação de uma idea de direito e de uma idea de conveniência. O direito é a territorialidade e, admitindo-se o modo de ver dos estatutários, é certo que o princípio de Jean Voet e de seus discipulos é incomparavelmente mais justo do que a sua famosa distincção. Se a soberania é essencialmente territorial, todas as leis são emanações da soberania e, como tais, são territoriais. Mas é necessário viver e não se vive com semelhante princípio... Não se funda um direito sobre uma simples tolerância, sempre revogável, e a boa vontade dos soberanos não é para os particula-

res uma garantia sólida dos seus interesses» ⁽¹⁾. Isto equivale a dizer que a aplicação das leis estrangeiras não pode deixar de assentar numa razão de justiça.

Este principio teve uma consagração official na primeira conferência da Haia de direito internacional privado. O ministro holandês dos negócios estrangeiros, abrindo a conferência, pronunciou estas palavras memoráveis: «Mas há uma outra razão de ordem mais elevada, que nos confirma nesta confiança. É que acima das soberanias dos povos eleva-se a soberania da justiça e do direito, diante da qual se inclinam todas as nações civilizadas. Não se trata, com efeito, de uma consequência derivada da *comitas gentium*, nem de uma necessidade criada exclusivamente por interesses materiais, mas, antes de tudo, o principio primordial da justiça, que quer que a cada um seja atribuído o que lhe pertence — *jus sum cuique*» ⁽²⁾.

Mas corresponderá a esta afirmação doutrinária a realidade dos factos, ou não se tratará senão de uma *idealidade jurídica*, não convertida ainda em *matéria jurídica*?

Não pode haver a menor dúvida de que, quando a aplicação da lei estrangeira resulta do costume internacional ou de um tratado normativo, essa aplicação representa uma obrigação jurídica, se funda numa razão de direito, e não representa um simples acto de cortesia fundado numa razão de conveniência do Estado onde a lei estrangeira é aplicada.

Poderá, porém, dizer-se o mesmo quando a competência da lei estrangeira apenas resulta de uma lei interna da pura iniciativa do Estado? Como deixámos dito em outro lugar, se o Estado é livre na organização das regras de resolução dos conflitos de leis sempre que o não vincule determinadamente o costume ou um tratado internacional, essa liberdade não vai até elle poder aplicar o principio da absoluta territorialidade das leis, sendo obrigado a ter um *sistema de regras de conflitos de leis* que reconheça o valor e efficacia das leis estrangeiras e que defina a situação dos estrangeiros quando se encontrem dentro do seu território ou quando os seus direitos sejam discutidos nos seus tribunais. Mas, sendo assim, uma vez que o Estado formule o seu sistema de conflitos de leis, tem definida a sua attitude quanto ao tratamento dos estrangeiros e é naturalmente responsável para com os Estados estrangeiros por denegação de justiça aos seus nacionais, quando os tribunais não lhes applicarem as leis competentes segundo o sistema de conflitos que tiver adoptado. Esse sistema de conflitos pode mudar, mas, enquanto vigorar, é obrigatório para o Estado e para os seus tribunais, e portanto, ainda em face das leis internas, a aplicação da lei estrangeira, se competente, representa uma obrigação jurídica.

⁽¹⁾ Ob. cit., pág. 31.

⁽²⁾ Clunet, 1874, pág. 230.

⁽¹⁾ *Principes*, págs. 52 e 53.

⁽²⁾ *Actas de 1893*, I, pág. 24.

181—A análise das fontes doutrinárias e positivas sobre o problema dos conflitos de leis, além de elementos de organização científica do princípio do reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras, ainda dá elementos de organização técnica do sistema doutrinário da resolução dos conflitos de leis. Com efeito, a análise das fontes mostra que aquele princípio evoluiu no sentido, já de definir regras de competência legislativa sobre o regime jurídico internacional dos elementos da relação jurídica em geral, já de estabelecer regras de competência legislativa acerca do regime jurídico internacional das instituições do direito privado—direitos de crédito, direitos reais, direitos de família e direitos de sucessão. Em verdade, por um lado, verifica-se que se constituíram pouco e pouco e continuam constituindo-se regras respeitantes à lei reguladora do *estado e capacidade das pessoas*, fixando o regime do *sujeito da relação jurídica*, à lei reguladora da *condição jurídica das coisas*, estabelecendo o regime do *objecto* dos direitos reais, à lei reguladora da *forma, substância e efeitos* do acto jurídico, fixando o regime do *facto jurídico*, como elemento de constituição das relações jurídicas, e à lei reguladora da *acção judiciária*, definindo o regime da garantia normal da relação jurídica; por outro lado, vão-se constituindo regras de determinação da lei reguladora dos quatro grupos fundamentais das relações de direito privado. Temos um exemplo frisante deste último facto, doutrinariamente, na obra de Savigny e, sob o ponto de vista do direito positivo, nas convenções da Haia de 1902 e 1905, que procuraram estabelecer o regime jurídico internacional das relações de família e dos direitos de sucessão. Quanto aos direitos de crédito e aos direitos reais, não é difícil encontrar nos textos que acima reproduzimos a clara tendência para constituir o seu regime jurídico internacional.

Sendo assim, o plano do nosso trabalho estará inteiramente de harmonia com os dados positivos colhidos na observação dos factos, quanto ao problema dos conflitos de leis, se, depois de assentarmos os princípios basilares acerca da resolução dos mesmos conflitos, estudarmos, primeiro, o regime jurídico internacional dos elementos da relação jurídica e, a seguir, o regime jurídico internacional de cada um dos grupos de relações jurídicas—direitos de crédito, direitos reais, direitos de família e direitos de sucessão.

E assim faremos, com efeito. Assentes os princípios fundamentais que devem presidir à organização do regime jurídico internacional de toda e qualquer relação jurídica, procuraremos aplicar esses princípios, primeiro, aos elementos da relação jurídica em geral e, depois, a cada uma das grandes instituições do direito privado.

§ II

Leis de competência personalizada ou leis pessoais

- I **Determinação:** 122—Formas da lei pessoal: lei do domicílio e lei nacional. O problema da determinação da lei pessoal. Evolução doutrinária 125—Evolução do direito positivo. 124—Apreciação crítica do problema. Aceitação do princípio da competência da lei nacional. 125—Competência subsidiária da lei do domicílio. 126—Determinação da lei pessoal no caso de mudança de nacionalidade.
- II **Esfera de aplicação:** 127—Estado e capacidade das pessoas: doutrina, direito comparado, tratados plurilaterais, direito português. 128—Direitos de família: capacidade matrimonial; direitos pessoais e patrimoniais dos cônjuges; relações jurídicas entre pais e filhos; tutela e curatela 129—Direitos de sucessão; sucessão legítima e sucessão testamentária. 130—Doações. Estado da doutrina e do direito positivo. 131—Critério geral
- III **Conflitos das leis pessoais:** 132—Revelação dos conflitos das leis pessoais Problema da sua resolução 133—Sistemas doutrinários para a resolução do problema. Vareilles-Sommières, Pillet, Champcommunal, e Surville. Sua exposição. 134—Direito comparado e tratados colectivos 135—Direito português 136—Critérios de resolução.—I. Conflitos de leis pessoais relativos à constituição de um *estado relativo*: princípio fundamental. 137—II Conflitos relativos aos poderes e deveres legais que resultam de um determinado estado: tutela e curatela; direitos e deveres pessoais e patrimoniais dos cônjuges; capacidade da mulher casada, relações entre pais e filhos; direito a alimentos, fundado no parentesco.

I

122—A evolução doutrinária e legal da teoria jurídica dos conflitos de leis produziu, como um resultado certo, o reconhecimento de leis de competência personalizada ou de *leis pessoais*, isto é, de leis que acompanham a pessoa onde quer que ela se encontre, que dominam determinados actos onde quer que eles sejam praticados, e que devem ser aplicadas pelos tribunais sempre que eles tenham de apreciar esses actos. Formam o tipo de tais leis as relativas ao estado e capacidade das pessoas, que todas as doutrinas e todos os sistemas de direito positivo consideram como leis pessoais.

Já dissemos quais sejam os caracteres da lei pessoal, os quais consistem na *competência extrritorial e valor extrritorial*, e portanto a *aplicação permanente*, e por isso nos limitamos a remeter o leitor para o que escrevemos a esse respeito [n.º 120 a)]

Por agora, procuraremos resolver os três problemas fundamentais que dominam a teoria das leis pessoais—o problema da determinação da lei pessoal, o problema da esfera de aplicação da lei pessoal, e o problema da resolução dos conflitos das leis pessoais.

O problema da determinação da lei pessoal consiste em verificar qual deverá ser a lei competente para *acompanhar* a pessoa, onde quer que esta se encontre, e para *reger* os seus actos, onde quer que eles sejam praticados.

A doutrina e o direito positivo deram ao problema duas soluções, formulando ou consagrando o sistema da competência da *lei do domicílio* e o sistema da competência da *lei nacional*. E' na investigação do valor scientifico e do valor jurídico dos dois sistemas que consiste todo o problema da determinação da lei pessoal.

A nossa investigação recairá sobre os três pontos seguintes: estudo descritivo da evolução doutrinai do problema; estudo descritivo da sua evolução legal; apreciação crítica dos resultados da evolução doutrinai e da evolução legal do problema.

1.—*Evolução doutrinai*. O estudo da evolução doutrinai da determinação da lei pessoal deve referir-se sucessivamente ao *período estatutário* e à *fase da comunidade de direito*.

No período estatutário, foi doutrina constante a da aceitação do sistema da lei do domicílio. Os juriconsultos estatutários, enquanto reconheceram a existência de uma lei pessoal, consideraram assim a lei do domicílio, nem mesmo discutindo a legitimidade da competência de outra lei (1).

Na fase doutrinai da comunidade de direito, formaram-se, porém, duas correntes, uma representada por Savigny (2), que adoptou o principio tradicional da competência da lei do domicílio, e outra representada pela escola italiana (3), que se pronunciou decididamente pelo principio da competência da lei nacional.

Savigny limitou-se a apoiar o seu sistema com a força da tradição (4).

A escola italiana, porém, por isso mesmo que era inovadora, procurou determinar a base científica da sua doutrina. E essa base encontrou-a na relação que existe entre a função da lei pessoal e o principio da nacionalidade. A lei pessoal é a expressão do direito privado necessário, e este é naturalmente informado pela nacionalidade, que é consequência das qualidades, usos, costumes, necessidades e tendências constantes e espontâneas que constituem o carácter específico de cada povo

(1) Lainé, ob. cit., II, pág. 116 e seg.

(2) Ob. cit., §§ 559.º e 562.º, pág. 97 e 135.

(3) Clunet, 1874, pág. 291 e seg.

(4) Ob. cit., pág. 97.

e que devem servir de fundamento à condição jurídica dos indivíduos que o formam. Em poucas palavras, a lei pessoal é uma função da nacionalidade e por isso a lei pessoal competente é a lei nacional.

Constituída esta divergência doutrinai em meados do século XIX, foi-se acentuando cada vez mais, propendendo incontestavelmente o sufrágio dos internacionalistas para o sistema da lei nacional. Assim o mostra claramente o facto de o Instituto de direito internacional, que tem representado o mais importante órgão doutrinai do direito internacional, haver, nas célebres *Regras de Oxford*, votadas em 1880, consagrado a lei nacional como a lei competente para regular o estado e capacidade das pessoas, a sucessão legítima e testamentária (1), e de ter reconhecido a competência da mesma lei sempre que se tem proposto formular regras para resolver os conflitos de leis relativos às relações jurídicas que entram na esfera da lei pessoal (2).

O sistema da lei nacional tem assim por si a opinião da autorizada academia científica, que até hoje tem traduzido a corrente geral do pensamento doutrinai em matéria de direito internacional.

Manda a verdade observar que, embora a corrente doutrinai preponderante seja no sentido do sistema da lei nacional, o sistema da lei do domicílio ainda hoje tem muitos e valorosos defensores. A doutrina domiciliária é representada principalmente pela escola anglo-americana, a qual segue o sistema da lei do domicílio nas excepções que admite ao principio da territorialidade das leis no sentido de reconhecer a competência extrritorial da lei pessoal (3), e pela chamada *escola argentina de direito internacional privado*, de que adiante falaremos e que é vigorosamente defendida pelo professor *Stanislaw Zeballos*. Isso não destrói, porém, a afirmação, que fizemos, de que a corrente preponderante da doutrina é no sentido do sistema da lei nacional.

123 — II — *Evolução do direito positivo*. 1.º *Leis internas*. Até à publicação do código civil francês e portanto durante o período em que dominou a doutrina estatutária, a jurisprudência e as leis dos diferentes países, sempre que admitiam a extrritorialidade da lei pessoal, faziam-na coincidir com a lei do domicílio. Em harmonia com essa orientação, foram redigidos, por exemplo, os artigos 23.º a 27.º do código civil

(1) *Annuaire*, tom. v, pág. 56.

(2) Vide, sobre o casamento, divórcio, tutela de menores e tutela de maiores: *Annuaire*, tom. x, pág. 75; tom. xi, pág. 5 e 104; e tom. xii, pág. 101.

(3) Vide Westlake, *International private law*, pág. 43; Dicey, *Le statut personnel anglais*, trad. de E. Stocquart, I, pág. 283, e *Conflict of laws*, pág. 458 e seg.

da Prússia, de 1794, onde se determinava que o estado e capacidade das pessoas eram regidos pela lei do lugar do seu domicílio real.

O Código de Napoleão veio, porém, abrir uma era nova na história do direito internacional privado, com o preceito do artigo 3.º, alínea 3.ª, cuja letra, já nossa conhecida, é: «As leis concernentes ao estado e capacidade das pessoas regem os franceses mesmo quando residem em país estrangeiro». Este preceito, embora depois de muitas dúvidas e hesitações, conduziu logicamente a doutrina e a jurisprudência francesa a adoptar uniformemente o principio de que o estado e capacidade dos estrangeiros em França deviam ser regulados pela sua lei nacional (1). E assim aparecia no direito europeu o sistema da lei nacional como lei pessoal competente para regular o estado e capacidade das pessoas, independentemente da circunstância de estas serem nacionais ou estrangeiras.

O código civil francês foi o grande modelo dos códigos civis organizados até à publicação do código civil alemão e por isso foi muito naturalmente que o sistema da lei nacional foi assimilado pela maioria dos códigos que, mais ou menos, imitaram o Código de Napoleão. E assim foi que o citado preceito deste código passou para o artigo 2.º do código do cantão de Vaud (1819), para o artigo 4.º do código do cantão de Berne (1824), para o artigo 3.º do código do cantão de Friburgo (1834), para o artigo 8.º do código holandês (1838), para o artigo 12.º do código sardo (1838), e para o artigo 24.º e 27.º do código civil português, o qual, em harmonia com o sistema da doutrina e da jurisprudência francesa, determinou que o estado e capacidade dos estrangeiros em Portugal são regulados pela lei do seu país.

Uma nova série de factos favorável à aceitação da competência da lei nacional foi iniciada pela publicação do código civil italiano (1865), em cujo título preliminar a competência da lei nacional foi largamente consagrada, abrangendo explicitamente, não só o estado e capacidade das pessoas, mas também os *direitos de família* e as *sucessões*. As disposições do código italiano são, como já dissemos, a transcrição legislativa dos principios da escola de Mancini (2), que foi a primeira escola que procurou determinar o fundamento da competência da lei nacional como lei pessoal.

A maior parte dos códigos ou leis que foram elaborados posteriormente à promulgação do código civil italiano, inspiraram-se claramente nas suas disposições, não só aceitando, como êle, o sistema da lei nacional, mas fazendo entrar na sua esfera de acção os direitos de família e as sucessões. Estão

nesse caso, sem a mínima dúvida: a lei congoleza de 20 de fevereiro de 1891, artigos 3.º, 4.º e 7.º; a lei de introdução do código civil alemão, de 18 de agosto de 1896, artigos 7.º, 13.º, 14.º, 15.º, 17.º a 21.º, 24.º e 25.º; a lei japonesa, de 15 de junho de 1898, artigos 3.º, 4.º, 5.º, 13.º a 20.º e 22.º a 26.º; o código civil espanhol, de 1889, artigos 9.º e 10.º, o dahir marroquino, de 12 de agosto de 1913, sobre a condição civil dos estrangeiros no protectorado francês de Marrocos, artigos 3.º, 8.º, 9.º, 14.º, 15.º e 18.º; o código civil brasileiro, de 1 de janeiro de 1916, título preliminar, artigos 8.º, 14.º e 21.º.

Estes factos indicam frisantemente a marcha ascensional do sistema da lei nacional sobre o sistema da lei do domicílio, no dominio das leis internas, em matéria de direito internacional privado. E o predomínio do sistema da lei nacional bem se patenteia no seguinte quadro comparativo das leis que se definiram no sentido de um ou do outro sistema:

a) *Sistema da lei do domicílio*. — Argentina, Cuba, Dinamarca, Estados Unidos e colónias, Inglaterra e colónias, Noruega, Paraguai e Uruguai, isto é, 8 Estados (1).

3) *Sistema da lei nacional*. — Alemanha, Bélgica, Brasil, Chile, Espanha, França, Grécia, Holanda, Itália, Japão, Luxemburgo, Marrocos (protectorado francês), México, Mónaco, Peru, Portugal, Montenegro, Rumania, Rússia, Suécia e Venezuela, isto é, 21 Estados (2).

6) *Sistema mixto* — Áustria, Hungria e Suíça, isto é, 3 Estados.

Vê-se assim que a maioria dos Estados se definiu pelo sistema da lei nacional (3).

Mas o sistema da lei nacional parece mesmo que vai *penetrando* nos países mais persistentes em se manterem no sistema da lei do domicílio, pois que: na Dinamarca e na Noruega, se bem que o sistema geral seja o da lei do domicílio, a lei cambiária comum aos três países escandinavos, de 7 de maio de 1880 (art. 84.º), sujeita a capacidade cambiária à lei nacional (4); quanto à Inglaterra, não só em 1889 foi celebrado um acôrdo entre o Governo inglês e o Governo belga para o efeito de serem respeitados na Inglaterra, nos casamentos de belgas perante as autoridades inglesas, as disposições da lei belga sobre o consentimento dos representantes legais dos contraentes

(1) Zeballos, *La codification du droit international privé*, no *Bulletin argentin de droit international privé*, 1, 1905 a 1906, pág. 475.

(2) Zeballos, ob cit., log. cit.; Weiss, *Traité*, III, pág. 226; Dahir marroquino, de 12 de agosto de 1913 (Larcher, *Les codes marocains*, pág. 130); código civil da Venezuela, de 4 de julho de 1916, art. 7.º e 129.º a 155.º.

(3) Zeballos, ob cit., log. cit. O sistema da lei nacional é também aceito pelo projecto polaco, embora com atenuações derivadas da teoria do *favor negotii* e da teoria da devolução (art. 1.º a 4.º e 12.º a 37.º).

(4) *Actes de la conférence de la Haye de droit international privé*, 1895, 2.º partie, pág. 46.

(1) Weiss, *Traité*, III, pág. 144 e seg.

(2) Supra, n.º 110.

designados pela lei belga, sôbre actos respeitosos, sôbre a idade e sôbre a proibição do casamento entre consangüíneos e afins ⁽¹⁾, mas também, em 1901, publicou o bispo de Londres uma provisão do teor seguinte: — «Os casamentos entre estrangeiros ou entre estrangeiros e ingleses, contraídos em Inglaterra, serão válidos em toda a extensão do Império britânico, quando celebrados em conformidade da lei inglesa. Os casamentos contraídos em Inglaterra entre estrangeiros ou entre estrangeiros e ingleses não são, contudo, necessariamente válidos senão quando se cumprem as prescrições legais do país a que os estrangeiros pertencem. O secretário de Estado dos negócios estrangeiros concluiu um acôrdo internacional, em virtude do qual os cônsules ou outros representantes dos países estrangeiros na Inglaterra são obrigados a certificar, sempre que lhes seja requerido, que as disposições legais do seu país foram observadas» ⁽²⁾; e, quanto aos Estados Unidos, uma lei para o distrito da Colômbia, de 15 de maio de 1896, sôbre o casamento, determinou (art. 5.º) que, quando um dos futuros cônjuges for estrangeiro, nenhuma licença poderá ser concedida enquanto o ministro ou o cônsul do seu país nos Estados Unidos não tiver certificado que foram cumpridas as condições impostas pela lei nacional para a validade do casamento ⁽³⁾.

2.º) *Tratados plurilaterais.* O movimento de uniformização do direito internacional privado mediante a conclusão de tratados plurilaterais encontrou, como vimos, as suas expressões mais características no tratado de Lima de 1878, nos tratados de Montevideo de 1889 e nas convenções da Haia de 1896, 1902 e 1905.

O tratado de Lima, que não chegou a ser ratificado, aceitava o sistema da lei nacional para a determinação da lei reguladora do estado e capacidade das pessoas, da capacidade matrimonial e das sucessões (art. 2.º, 10.º, 18.º e 20.º).

Todavia, o tratado de Montevideo sôbre direito civil internacional, de 12 de fevereiro de 1889, assinado e ratificado pela Argentina, Bolívia, Paraguai, Peru e Uruguai ⁽¹⁾, adoptou o sistema da lei do domicílio (art. 1.º, 12.º e 17.º).

As convenções da Haia, porém, sempre que reconheceram a competência da lei pessoal, aceitaram o sistema da lei nacional. Assim aconteceu a respeito do regime das condições de validade intrínseca do casamento, do regime do divórcio e da separação de pessoas, e do regime da tutela de menores (Convenções de 12 de junho de 1902), bem como a respeito do

regime dos efeitos do casamento quanto às relações jurídicas dos cônjuges, do regime da interdição, e do regime das sucessões (Convenções de 17 de julho de 1905).

Encontramos assim uma divergência notável entre o direito convencional europeu e o direito convencional americano acêrca da determinação da lei pessoal, parecendo que, nesse campo, se equilibraram os dois sistemas da lei do domicílio e da lei nacional.

Contudo, bem interpretada, ainda aí a lição dos factos é favorável ao sistema da lei nacional.

Em primeiro lugar, é certo que a consagração do sistema da lei nacional tem, historicamente, representado sempre uma conquista sôbre o sistema da lei do domicílio, pois data apenas de pouco mais de um século o seu aparecimento ao lado da lei do domicílio, sendo portanto bem sensível o progresso realizado. Em segundo lugar, o número de Estados que ratificaram as convenções da Haia é bem maior que o daqueles que ratificaram o tratado de Montevideo, pois que o número dos primeiros chegou a 12 ⁽¹⁾, e o número dos segundos não passou de 5. Por último, não só é verdade que o tratado de Lima aceitava, em grande parte, o sistema da lei nacional, o que já mostra que não devia ser sem hesitações que o Congresso de Montevideo se pronunciou no sentido do sistema da lei do domicílio, o que aliás é confirmado pelo facto de o plenipotenciário do Brasil ter declarado que não podia aceitar o projecto de tratado exactamente por êle aceitar como lei pessoal a lei do domicílio ⁽²⁾, mas ainda é verdade que o Congresso jurídico ibero-americano, reunido em Madrid de 24 de outubro a 16 de novembro de 1892, para celebrar o quarto centenário da descoberta da América, e constituído por delegados de Portugal, Espanha e dos Estados ibero-americanos, se inclinou para o princípio da lei nacional ⁽³⁾, sinal de que êste princípio foi julgado superior mesmo pelos representantes dos Estados ibero-americanos e de que pode ser legítima a esperança de que a América latina acabará de integrar-se na corrente predominante do direito europeu.

Um ensinamento é, pois, irrecusável, e consiste em que o sistema da lei nacional, entrando no direito positivo pela porta modesta, mas firme, do artigo 3.º do código civil francês, evolucionou rapidamente, já mercê da imitação do Código de Napoleão, já ao impulso do código italiano, que foi a fórmula legal da grande escola de Mancini, já por virtude da obra benemerente das conferências da Haia, que tantas vezes aceitaram e adoptaram as ideas do Instituto de direito internacional, e que

⁽¹⁾ Actes cit., pág. 37.

⁽²⁾ Clunet, 1902, pág. 642.

⁽³⁾ *Annuaire de législation étrangère*, tom. XXVI, pág. 748.

⁽⁴⁾ Zeballos, ob. cit., pág. 385 e seg.; Buzzati, ob. cit., pág. 26.

⁽¹⁾ A convenção relativa à tutela foi assinada e ratificada pela Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Holanda, Hungria, Itália, Luxemburgo, Portugal, Rumania, Suécia e Suíça (Vide supra, pág. 74 e nota)

⁽²⁾ Buzzati, ob. cit., log. cit

⁽³⁾ Congresso jurídico ibero-americano, Madrid, 1893, pág. 446.

autorizam a afirmação de que o sistema lei nacional têm informado o pensamento científico do Instituto e o pensamento diplomático das conferências.

Um século de progresso foi assim o bastante para o sistema dominar um grande número de legislações e a mais importante obra de codificação convencional do direito internacional que ainda se fez na Europa.

124 — É fácil de ver que um facto de tamanha importância, como foi este da formação e da preponderância doutrinária e legal do sistema da lei nacional, não pode deixar de ser o resultado de causas complexas e de causas profundas.

As causas da adopção do sistema pelo Código de Napoleão foram fundamentalmente duas, uma de feição meramente histórica e outra de carácter político. A causa histórica liga-se com a obra de unificação legislativa realizada por aquele código. A velha doutrina dos conflitos de leis propunha-se quasi exclusivamente resolver os conflitos entre leis particulares dentro do mesmo Estado, isto é, conflitos entre leis relativas a pessoas que, tendo a *mesma nacionalidade*, se apresentavam com *domicílio diferente*. Sendo assim, os juriconsultos tenderam naturalmente a atribuir competência à *lei do domicílio*. E o sistema da lei do domicílio atraiu os raros conflitos que surgiam entre leis pessoais de Estados diferentes.

O Código de Napoleão substituiu, porém, a *unidade legislativa* à situação anterior de *diferenças legislativas locais*, os conflitos entre leis locais desapareceram, e os conflitos entre leis de Estados diferentes passaram a ocupar o primeiro plano, e por isso era natural que se passasse a dar à nacionalidade a função que até então desempenhava o domicílio. Isto é, a competência da lei nacional sucedia naturalmente à competência da lei do domicílio (1).

Esta sucessão histórica foi favorecida pelo interesse político que certamente resultava de que os franceses em país estrangeiro continuassem sujeitos às leis francesas relativas ao estado e capacidade e às relações de família (Cód. civil, art. 3.º e 172.º).

Estas razões são, porém, demasiadamente exteriores ou formais para poderem explicar todo o movimento doutrinário e legislativo que descrevemos e que constitui a corrente predominante dos escritores e dos monumentos legislativos.

O determinismo *interno* dêsse movimento encontramos-lo em três motivos, formulados nos trabalhos doutrinários ou nas exposições de motivos dos preceitos do direito positivo.

O primeiro motivo é constituído pela necessidade de assegurar a *estabilidade* da situação jurídica do indivíduo, dando-

maior continuidade e a maior permanência à sua personalidade nas relações internacionais, e essa estabilidade melhor se consegue com a lei nacional do que com a lei do domicílio, pela razão de que o indivíduo muda mais facilmente de domicílio do que muda de nacionalidade, sendo, como é, certo que a constituição do domicílio depende de um mero facto voluntário, ao passo que a aquisição da nacionalidade depende de condições que, em grande parte pelo menos, estão fora da acção da vontade (1).

O segundo motivo foi formulado pela escola italiana. As leis de direito privado são destinadas a regular e garantir os interesses individuais, a lei que melhor protege o interesse individual é a lei que está de harmonia com a raça a que o indivíduo pertence, com o meio geográfico e com o meio sociológico em que o indivíduo nasceu e se desenvolveu, e por isso a lei da nacionalidade é naturalmente a lei pessoal competente, enquanto traduz a necessária coordenação entre o interesse individual e as condições mesológicas em que o mesmo indivíduo appareceu (2).

O terceiro motivo foi posto em relêvo por Antoine Pillet. A lei pessoal é uma lei de protecção individual, enquanto tem por destino garantir a estabilidade e a permanência da personalidade. Sendo assim, o Estado competente para formular a lei pessoal é certamente aquele que tem o direito de proteger as pessoas na ordem internacional. Ora, porque este direito cabe incontestavelmente ao Estado de que as pessoas são nacionais, ao mesmo Estado cabe o direito de formular a lei pessoal. Assim como é reconhecido ao Estado civilizado proteger os seus nacionais mediante a sua magistratura diplomática ou a sua magistratura consular e mediante o seu poder militar de terra e mar, assim também lhe deve ser logicamente reconhecido o direito de estabelecer as leis que hão de organizar a sua personalidade. Trata-se de meras variantes da mesma função de protecção (3).

Tais são as causas determinantes do vasto movimento que conduziu o sistema da lei nacional ao seio da maior parte dos Estados civilizados. E estas causas contêm para nós razões decisivas da superioridade do sistema da lei nacional. Duas são fundamentalmente essas razões, em nosso pensar. A primeira é a necessidade de assegurar a estabilidade da situação jurídica do indivíduo, que deve ser continua e permanente em tudo aquilo que respeita à constituição jurídica da personalidade, e semelhante estabilidade é mais bem garantida pela lei nacional do que pela lei do domicílio, pois não pode haver dúvida de

(1) Jitta, ob. cit., pág. 137 e seg.

(1) Vide Despagnet, ob. cit., pág. 226; Dreyfus, ob. cit., pág. 250 e seg.

(2) Supra, n.º 97

(3) *Principes*, n.ºs 144 e 145.

que é mais fácil a mudança de domicílio do que a mudança de nacionalidade. A segunda consiste em que a lei pessoal é claramente uma lei de protecção individual e, por um lado, parece lógico que o Estado competente para proteger o indivíduo na ordem internacional o seja também para formular a sua lei de protecção pessoal, não sendo de esquecer, por outro lado, que para a generalidade dos indivíduos, a lei mais harmónica com as suas condições pessoais é a lei do Estado a que eles pertencem, pois a regra é que os indivíduos pertencentes ao mesmo Estado têm um carácter comum, relacionado com as condições sociais do mesmo Estado, e é evidente que a lei se deve presumir como exprimindo as condições próprias de cada país e coordenada com o carácter específico da população.

Aceitamos, pois, o sistema da lei nacional, que é o sistema do nosso direito positivo, tanto comum como convencional. Em verdade, sempre que o direito português admitiu a competência extraterritorial das leis pessoais, consagrou o sistema da lei nacional. É o que se vê: quanto ao direito comum, dos artigos 24.º e 27.º do Código civil, a respeito da lei reguladora do estado e capacidade das pessoas, do artigo 145.º do regulamento consular e do artigo 1107.º do Código civil, a respeito do direito de contrair casamento e da lei reguladora do regime de bens no casamento, e do artigo 12.º do Código comercial, quanto à lei reguladora da capacidade comercial; e quanto ao direito convencional, do facto de Portugal haver assinado as convenções da Haia relativas às condições de validade e aos efeitos do casamento, ao divórcio e à separação de pessoas, à tutela de menores, à interdição, e às sucessões, e de haver ratificado todas estas convenções, à excepção da última, pois é certo que as mesmas convenções aceitaram *todas* a lei pessoal sob a forma de lei nacional.

Apesar do grande cortejo de factos por que se tem afirmado o sistema da lei nacional e que pareciam apontá-lo como destinado a constituir a forma definitiva da lei pessoal, ainda são numerosos os escritores que defendem o sistema da lei do domicílio, o qual encontrou, em data relativamente recente, um valoroso propugnador em Estanislao Zeballos, que formulou e sustentou com vigor os princípios do que elle chamou a *doutrina argentina do direito internacional privado*.

Aquele internacionalista, depois de assinalar ao direito internacional privado a função de proteger o homem « em movimento através do universo », completando assim a função do direito político, que determina a situação do cidadão em face da Pátria, e a função do direito privado que define a situação do indivíduo dentro da Soberania —, procura mostrar que o direito internacional privado só preencherá a sua missão:

a) Fundando-se na moral e na justiça, com exclusão absoluta das doutrinas utilitárias.

b) Eliminando, na sua elaboração, toda a influência ou exigência dos interesses políticos da nacionalidade.

c) Exercendo uma acção larga como órgão da liberdade e do bem-estar do homem.

d) Formulando soluções gerais, scientificamente elaboradas, e inspiradas unicamente na necessidade de proteger os direitos privados do homem.

e) Reconhecendo a mais ampla extraterritorialidade do direito, com as limitações estritamente reclamadas pela conservação e funcionamento da soberania nacional como órgão do individuo.

f) Aceitando o *sistema do domicílio* como meio geral de solução, com as atenuações resultantes das exigências da soberania nacional, nos termos indicados, bem como da *lex rei sitae* e do direito da forma dos actos.

g) Afirmando-se como órgão essencial da vida interna dos impérios, dos reinos e das repúblicas, confederados ou simplesmente unificados, sob a reserva do gózo dos direitos privados locais.

h) Determinando que as pessoas jurídicas e as sociedades comerciais não têm nacionalidade, mas sòmente domicílio.

i) Prescrevendo que as sucessões estão sujeitas ao direito pessoal do *de cuius*, modificado pelas exigências do direito público local

j) Encorporando-se nos códigos orgânicos de cada nação.

k) Unificando, pelo menos, os princípios codificados, por meio de congressos ou tratados colectivos internacionais.

l) Organizando-se um officio internacional permanente das potências para a unificação dos seus princípios fundamentais.

m) Desenvolvendo-se o seu ensino nas universidades do nôvo mundo.

« Eis, conclui Zeballos, os caracteres gerais da *doutrina argentina*, talvez *americana* no futuro, que este *Boletim* vem expor, no mais alto interesse da sciência do direito, da dignidade, da liberdade humana, e das exigências inalteráveis do movimento económico e da solidariedade internacional » (1).

Vê-se, por esta exposição, que a doutrina argentina consiste, quanto à determinação da lei pessoal, no reconhecimento do sistema do domicílio, decidindo-se, entre Savigny e Mancini, pela doutrina de Savigny, designando Zeballos até a doutrina argentina pela fórmula *sistema savigniano-argentino* (2). E, se

(1) Zeballos expôs as suas ideas no *Bulletin argentin de droit international privé*, que elle mesmo fundou em 1905 e cujo fim foi indicado pelo seu fundador nestes termos: « Esta revista nasce da necessidade patriótica e scientifica de encorporar a Republica argentina no movimento progressivo do direito internacional privado, que é o verdadeiro direito moderno, reclamado pelas exigências das novas formas morais, civis e comerciais das relações humanas (*Bulletin*. 1.º pág. 11) ».

(2) *Manual de derecho internacional privado*, por André Weiss. Traducción, prólogo e notas por Estanislao Zeballos, tomo I, pág. 482, nota.

bem reflectirmos, notamos que a doutrina argentina constituiu, como a doutrina italiana, um *sistema de personalidade do direito*, com a diferença de a personalidade se determinar, não pela nacionalidade, mas pelo domicílio.

Terá esta doutrina fundamentos tão inabaláveis que devam mudar a corrente preponderante da crítica jurídica, desviando-a do sistema da lei nacional para o sistema da lei do domicílio?

Os fundamentos da doutrina são principalmente os seguintes:

Em primeiro lugar, o sistema da lei nacional é um *sistema político*, ao passo que o sistema da lei do domicílio é um *sistema jurídico*. Em verdade, o primeiro sistema protege os *nacionais*, e não protege o *homem* na sua emigração pelo mundo, baseando-se na *razão política* da coesão do Estado com os súbditos que se encontram no estrangeiro, e não na *razão de justiça* da organização e defesa do bem-estar humano. Pelo contrário, o segundo sistema desprende-se de considerações políticas, para só ver o homem no desenvolvimento da sua actividade e para o proteger no lugar onde ele fixa os seus meios de acção. E, deste modo, o sistema do domicílio representa um princípio de justiça, pois, embora a humanidade se divida em nações independentes, as nações organizam-se para satisfazer uma necessidade suprema do bem-estar e da felicidade do homem, para assegurar a sua vida, a sua propriedade e os seus direitos por meio de leis e de autoridades protectoras. Cada Estado representa a melhor *forma local* de proteger o homem na deslocação a que o obriga a vida e a civilização (1).

Depois, o sistema da lei nacional, com a sua consequência lógica da aplicação a cada um da lei do seu país, determinaria, nos países de grande imigração, não só a aplicação de leis em desarmonia com o meio social, mas a aplicação de muitas leis estrangeiras divergentes, o que seria uma fonte perene de conflitos e de dificuldades na administração da justiça. E estas dificuldades quasi desaparecem com o sistema do domicílio, que é, ao mesmo tempo, o sistema legal em harmonia com o meio social e a assimilação jurídica da quasi totalidade dos habitantes do território do Estado (2).

A isto acresce que, segundo as estatísticas (3), é maior o algarismo geral da população dos Estados que aceitam a lei do domicílio (cerca de 496 milhões de habitantes, ou de 546 milhões, se se acrescentar a população dos Estados de regime mixto de lei nacional e lei do domicílio) do que o da dos Estados que aceitam o princípio da lei nacional (cerca de 410 milhões, ou 460 milhões, juntando a população dos países de regime

mixto) (4), e maior é também o concurso, por parte dos primeiros Estados em relação aos segundos, em cereais (90,50 % dos países de lei do domicílio, e 9,50 % dos países de lei nacional) e em carnes (59,08 por 40,92), que alimentam o homem, em algodão (94,16 por 5,84) e em lã (99,38 por 0,62) que o vestem, em ferro (50,65 por 49,35), em carvão (70,43 por 29,58) e na marinha comercial (65,74 por 34,26) (5), que satisfazem necessidades da vida individual ou são elementos de civilização, o que mostra a toda a evidência a necessidade de procurar a conciliação entre os dois sistemas, não só num interesse humano, mas também sob o ponto de vista das conveniências económicas dos Estados continentais da Europa (6).

A doutrina de Zeballos atraiu a atenção dos internacionalistas e a ela se referiu Asser na sessão do Instituto de direito internacional de Gand em 1906, a propósito da codificação do direito internacional privado. Notou o saudoso homem de ciência que, constituindo uma gravíssima dificuldade para aquela codificação a divisão dos Estados em dois grupos, segundo adoptam a lei nacional ou a lei do domicílio, não sendo de esperar que todos os Estados que adoptaram a lei do domicílio, que «encontraram em Zeballos um campeão cheio de talento e de originalidade», a substituam facilmente pela lei nacional, e convindo restringir as consequências da existência das duas formas de lei pessoal, se devia investigar a possibilidade de conciliar o sistema da lei nacional com o sistema da lei do domicílio em termos tais, que os dois grupos de Estados pudessem aceitar a conciliação.

O processo de conciliação viu-o Asser na teoria da nacionalidade e esboçou-o nas seguintes regras que ofereceu à consideração do Instituto: 1.º) A nacionalidade, sob o ponto de vista do direito civil, adquire-se por um domicílio de seis anos no mesmo Estado, provado por uma declaração da autoridade competente; 2.º) a aquisição da nacionalidade sob o ponto de vista do direito público pode ser subordinada a outras condições (*naturalização*, etc.); 3.º) a aquisição num Estado da nacionalidade sob o ponto de vista de direito civil faz perder a nacionalidade anterior, mas esta revive no momento em que cessa o

(1) Zeballos considera vigente a *lei do domicílio* no Imperio Britânico, Canadá, Australia, Nova Zelândia, Índias, Africa do Sul, diversas colónias inglesas, Dinamarca, Estados Unidos e colónias, Cuba, Argentina, Paraguai e Uruguai, a *lei nacional* na Alemanha, Bélgica, França, Espanha, Itália, Japão, Luxemburgo, Noruega, Países Baixos, Portugal, Rumania, Rússia, Suécia, México, Brasil, Chili, Perú e outras Repúblicas americanas, e um *regime mixto* na Suíça e na Austria (*Bulletin* cit., pág. 473).

(2) *Bulletin* cit., pág. 477 e seg.

(3) *Bulletin* cit., pág. 492 e 498. Zeballos prometeu indicar as suas bases de conciliação entre a lei nacional e a lei do domicílio (*Bulletin* cit., pág. 498). Não conhecemos, porém, essas bases, nem sabemos se chegou a formulá-las.

(1) *Bulletin* cit., pág. 4 e 590.

(2) *Bulletin* cit., pág. 488, 494 e 495.

(3) As estatísticas indicadas no texto são as apresentadas por Zeballos.

domicílio no outro Estado, contanto todavia que a pessoa interessada tenha manifestado o seu desejo de fazer reviver a antiga nacionalidade, pela inscrição do seu nome num registo-matrícula ou por meio de qualquer outra formalidade prescrita pela sua lei nacional anterior. A conciliação estaria assim, para Asser, na conversão do domicílio em *nacionalidade civil* ao fim de um certo número de anos, com a faculdade de readquirir de um modo simples a antiga nacionalidade (1).

E' de notar que, já antes de Asser, um dos delegados suíços à conferência de direito internacional privado da Haia de 1900, Meili, mostrando a necessidade de procurar a *sententia media* entre a lei nacional e a lei do domicílio, em vez de forçar os povos de sistema do domicílio a aceitar a lei nacional, indicava como meio de conciliação algum dos três processos: 1.º) ou de fixar um prazo, dez anos por exemplo, depois do qual os estrangeiros seriam submetidos à lei do domicílio; 2.º) ou, ligando os efeitos da lei do domicílio ao nascimento, regular por tal lei as relações internacionais dos que nascessem no território; 3.º) ou distinguir tão cuidadosamente quanto possível quando deve prevalecer a lei nacional e quando deva ter-se em conta a lei do domicílio. Meili optava, porém, pela última solução, por lhe parecer a mais conforme à doutrina. Vê-se facilmente que o primeiro processo de Meili corresponde ao de Asser, que o segundo equivale à aquisição da nacionalidade civil *jure soli*, e que o terceiro representa uma aplicação do princípio de que deve aplicar-se a cada relação jurídica a lei mais em harmonia com a sua natureza (2).

Dada a nova defesa que a Zeballos mereceu o sistema da lei do domicílio e dada a autoridade dos dois internacionalistas que propugnam a necessidade da conciliação, que valor atribuir às novas razões alegadas pelo escritor argentino e aos processos de conciliação formulados por Asser e Meili?

O primeiro argumento formulado por Zeballos tem um valor meramente histórico. Foi certamente também por um motivo político que o Código de Napoleão sujeitou à lei francesa os súbditos da França que se encontrassem em país estrangeiro, vendo nisso um meio de manter a coesão do Estado francês com todos os seus nacionais, e sendo, como é, certo que não formulou aquele código a disposição recíproca, para o efeito de sujeitar os estrangeiros em França à lei do seu país sobre o estado e capacidade. Todavia, sobre a razão política prevaleceu uma razão de justiça tanto na doutrina como na jurisprudência,

(1) *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XXI, 1907, pág. 455 e seg.

(2) *Actes de la troisième conférence*, pág. 85; conf. Meili, *International civil and commercial law*, pág. 128.

hoje unânimes em França para considerar lei pessoal dos estrangeiros a sua lei nacional. E a unilateralidade do código francês já não aparece no código italiano, nem no código civil português, nem nos códigos ou leis posteriores que consagraram o sistema da lei nacional, os quais expressamente declararam que tanto nacionais como estrangeiros tinham por lei pessoal a lei do seu país, e portanto claramente reconheceram a aplicação das leis estrangeiras, o que certamente não fizeram por uma razão política, mas porque viram na aplicação da lei nacional o meio de realizar a justiça nas relações privadas internacionais.

Mas, se o direito internacional privado tem por missão proteger o homem no seu movimento através do universo, e a lei da nacionalidade não traduz a justiça *definindo* juridicamente o mesmo homem, fixando o seu estado e capacidade e determinando a medida da sua proteção na sua migração mundial, para, firme numa situação jurídica que não muda, fruir a necessária estabilidade nas relações com os outros homens, também a lei do domicílio a não traduz, pois o domicílio ainda é a permanência, por vezes menor que a nacionalidade, é certo, em todo o caso permanência (e tanto que a doutrina argentina admite leis extraterritoriais para a hipótese de o indivíduo sair do país do seu domicílio), e porisso só seria lógico o sistema da territorialidade das leis, isto é, o sistema da sujeição do indivíduo ao direito do país onde porventura se encontre, pois, se todas as leis devem ser feitas para organizar e garantir os direitos do homem, não é mais justa a lei do domicílio do que a lei territorial, e esta teria a vantagem de eliminar diferenças de homem para homem no mesmo meio social e de tornar homogênea a administração da justiça. Diante, porém, de semelhante conclusão pára a doutrina argentina e param hoje todas as doutrinas, pois a territorialidade é a absoluta instabilidade da situação jurídica de cada um, e todas vêem o perigo, e por isso todos o repelem, de um princípio que pudesse conduzir a tal instabilidade. Contudo, se a necessidade de estabilidade é a razão de parar a meio do caminho da lógica da protecção mundial do homem, não será preferível ao illogismo a aceitação da lei nacional, que de uma vez baseia a desejada estabilidade e prepara juridicamente o homem para o seu movimento através das nações?

É verdade que a aceitação do sistema da lei nacional pode determinar a aplicação num Estado das leis de muitos Estados e isso pode dificultar a administração da justiça. Contudo, a justiça não é meramente a simplicidade, mas, na esfera dos interesses privados, a rectidão na defesa dos direitos de cada um, e por isso, para os tribunais, não deve ser decisiva a razão da maior comodidade da aplicação da lei do domicílio nem a equiparação que ela possa estabelecer entre nacionais e estrangeiros. Deverão determinar e aplicar a lei que melhor represente a realização da justiça. Nem a determinação e conheci-

mento das leis estrangeiras hoje constitui uma dificuldade insuperável, dada a grande publicidade das leis, a facilidade das comunicações internacionais e a generalização das missões diplomáticas e consulares.

Argumenta ainda Zeballos com a superioridade numérica, por parte dos Estados de lei do domicílio, da população e do algarismo dos géneros e mercadorias destinados a satisfazer as necessidades do homem civilizado, em relação aos Estados de lei nacional.

À parte o modo menos exacto por que foi calculada e comparada a população, pois, ao passo que, na determinação do algarismo da população dos Estados de lei do domicílio, contou o Egipto com 9.734:405 habitantes, sendo certo que no Egipto estava em todo o seu vigor o regime das capitulações no que respeita à lei pessoal (1), e por isso cada cônsul ou os tribunais do respectivo país, quando os cônsules não tenham competência para conhecer das acções de estado das pessoas, como acontece entre nós (Reg. cons., art. 535.º), aplicarão naturalmente o sistema de direito internacional do seu país, e contou as possessões inglesas com cerca de 351 milhões, nos Estados de lei nacional deixou de contar o Congo, com 19 milhões de habitantes, as colónias alemãs com 13 milhões, as colónias francesas com 50 milhões, as colónias holandesas com 37 milhões, e as colónias portuguesas com 8 milhões (2), com o que, fazendo as devidas correcções, a população dos Estados de lei do domicílio desceria para 487 milhões e a dos Estados de lei nacional subiria para 557 milhões, — observaremos que quasi toda a Europa continental, uma parte considerável da América, o Congo e o Japão são elementos de ponderação na vida mundial, que o valor económico dos países não pode dar a medida de justiça das suas leis e que, apesar de no século XIX os Estados europeus continentais terem adoptado o sistema da lei nacional, não tem isso constituído um obstáculo ao desenvolvimento do seu comércio ou das suas relações económicas com os outros Estados.

Julgamos, pois, que a doutrina argentina não conseguirá mudar a orientação geral dos espíritos no sentido da lei do domicílio.

Contudo, porque pensamos, com Asser, que os Estados de lei do domicílio não se resolverão facilmente a imitar o exemplo da Suíça, que, apesar de dar predomínio nas suas leis ao sistema

do domicílio, não duvidou assinar e ratificar as convenções da Haia de 1902, onde foi aceito em geral o sistema da nacionalidade, parece-nos que, como sistema de transição para a consagração definitiva do sistema da lei nacional, deverá formular-se um sistema de conciliação entre os dois princípios divergentes, que atenuem as consequências da divisão que hoje separa os Estados. E o melhor sistema de conciliação será por certo a determinação concreta, por meio de tratados gerais, dos casos em que, à lei nacional, poderia substituir-se a lei do domicílio. Este meio, que é o último indicado por Meili, achamo-lo preferível ao formulado por Asser, que apenas se baseia numa medida de tempo, ao passo que o de Meili assenta na consideração da natureza das relações jurídicas. Isto não significa, porém, o que por agora não queremos discutir, que as legislações não possam, desde que o façam uniformemente, atribuir a nacionalidade local pelo facto do domicílio no território além de um certo número de anos (3).

125 — Embora a lei pessoal seja *fundamentalmente* a lei nacional, pode, contudo, a lei do domicílio ser invocada *subsidiariamente*, como lei pessoal, quando se dê algum dos casos de o indivíduo não ter nacionalidade, de ter ao mesmo tempo duas nacionalidades, ou de pertencer a um Estado ou unidade política onde exista a divergência de leis locais.

Os dois primeiros casos já foram por nós considerados, ao tratar dos conflitos de leis atributivas da nacionalidade. Aí dissemos em que termos o domicílio deve substituir a nacionalidade, no caso de pluralidade de nacionalidades e no caso de falta de nacionalidade (3).

O terceiro caso pode dar-se nos Estados unitários, se a unidade política não corresponder a unidade legislativa, e dá-se sempre na união real e na federação de Estados, visto que, mais ou menos, os Estados unidos ou federados conservam a autonomia legislativa.

Como determinar, pois, a lei pessoal em tal caso?

Se no sistema jurídico do Estado, simples ou composto, de que se tratar houver um preceito escrito ou consuetudinário que indique, entre as *variantes locais* das leis dêse ao Estado, qual é a lei pessoal dos *cidadãos* do mesmo Estado

(1) Como dissemos acima (pág. 81), o Governo argentino convocou para 8 de Junho de 1909 uma conferência de representantes dos Estados que seguem o sistema da lei do domicílio, destinada a unificar as leis dêses Estados sobre o domicílio, e a organizar o projecto de uma convocação de conferência universal, em que os representantes de todos os Estados civilizados deverão discutir o projecto de conciliação entre o sistema da lei nacional e o sistema da lei do domicílio e, assim, lançar as bases da unificação do direito internacional privado em todo o mundo civilizado. A conferência não chegou, porém, a realizar-se.

(2) Supra, n.ºs 37 a 39.

(1) *Código civil egípcio para os processos mixtos*, art. 4.º.

(2) Hickmann, *Atlas universel*, 1905, pág. 22 e seq. O quadro estatístico apresentado por Zeballos foi publicado a pág. 478 do vol. 1, do *Bulletin argentin de droit international privé*, que apareceu de 1905 a 1906. Por isso contrapomos-lhe as estatísticas apresentadas no *Atlas universel* de Hickmann de 1905, que são certamente as que melhor correspondem apresentadas por Zeballos.

nas *relações nacionais*, a qual tanto poderá ser a lei do *domicílio* como a lei da *origem*, deverá aplicar-se a lei assim indicada às *relações internacionais*, por isso que semelhante preceito é um meio de determinação da lei nacional.

Se não houver no direito do país cuja lei se manda aplicar um preceito determinativo da lei pessoal, há que escolher entre a lei do domicílio e a lei da origem. Von Bar ⁽¹⁾, Pillet ⁽²⁾ e Despagnet—de Boeck ⁽³⁾ decidem-se pela lei do domicílio, com o fundamento de que o domicílio representa um laço de direito, ao passo que a origem representa um mero facto, que não é necessariamente acompanhado de consequências jurídicas. E a mesma solução foi adaptada pela lei suíça de 26 de julho de 1891, quando cidadãos suíços, oriundos de um cantão, estejam domiciliados em outro cantão (art. 1.º).

O código civil espanhol seguiu, porém, outro sistema, pois que, aceitando como lei pessoal a lei nacional (art. 9.º e 10.º), manda aplicar às relações interprovinciais os preceitos estabelecidos para as relações internacionais, e por isso tem de entender-se que a lei pessoal de um espanhol oriundo de uma provincia e domiciliado noutra provincia é o *fuero* da provincia de origem. E, se assim é para os espanhois, assim deve ser para os estrangeiros pertencentes a países onde existam leis locais diferentes.

Parece-nos hoje ser esta a melhor solução, pela razão simples de que a lei da *origem* é a que melhor substitui a *lei da nacionalidade*, por isso que melhor traduz as influências étnicas e sociológicas que podem actuar sobre as condições pessoais dos indivíduos e que devem ser atendidas na organização das leis de protecção individual.

Deve por último considerar-se o caso de, no mesmo Estado, os nacionais estarem sujeitos a leis diferentes, segundo a sua confissão religiosa, como acontece no império otomano, onde os musulmanos estão sujeitos ao Koran e os cristãos têm o seu direito particular, constituído principalmente pelas *Novelas* dos imperadores do Baixo Império, ou segundo a raça, como pode acontecer nos Estados coloniais, se houver um direito especial para os indígenas em harmonia com as condições e costumes da sua raça. Em tal caso, a lei pessoal é logicamente a estabelecida pelo sistema jurídico a que o individuo está sujeito segundo a confissão religiosa ou segundo a raça. A competência legislativa estatuida pelo legislador nacional deve produzir os seus efeitos no interior do país e nas relações internacionais ⁽⁴⁾.

(1) Ob. cit., § 92 a).

(2) *Principes*, n.º 149.

(3) Ob. cit., n.º 11.

(4) Pillet, *Principes*, pág. 317.

126 — Aceito o sistema da lei nacional como lei pessoal, e podendo as pessoas mudar de nacionalidade, importa verificar a influência que a mudança de nacionalidade exerce na determinação da lei pessoal.

A mudança de nacionalidade produz a mudança da lei pessoal. É lógico. De súbito de um Estado, passa o individuo a ser membro de outro Estado, e é já por isso também outro Estado que tem o direito e o dever de o proteger como seu nacional, é outro o legislador competente para definir as suas leis de protecção, e, por isso, deve ser outra a sua lei pessoal.

E se, com a mudança de nacionalidade, o individuo fica com uma nova lei pessoal, é ainda lógico que esta lei defina e regule os direitos que pela lei pessoal devem ser definidos e regulados.

E nenhuma dúvida poderá haver em que a nova lei pessoal deve ser aplicada às relações jurídicas constituídas posteriormente à mudança de nacionalidade.

O mesmo já não pode dizer-se relativamente aos direitos constituídos antes desse momento. Tais direitos, desde que sejam regularmente adquiridos sob o ponto de vista internacional, persistem apesar da mudança de nacionalidade. Assim, se um individuo for reconhecido por outro como seu filho à sombra de uma lei pessoal competente para regular o reconhecimento, embora o pai ou o filho mude de nacionalidade e a nova lei pessoal já não admita o reconhecimento, o estado de filho deve manter-se como um direito regularmente adquirido.

Em que momento começa, porém, precisamente a competência da nova lei pessoal e acaba a competência da lei antiga? Em geral, a resposta é evidente. Esse momento coincide com a data da aquisição da nova nacionalidade.

Todavia, casos há em que a doutrina hesita em determinar o início da acção da lei nova e o limite da acção da lei antiga. Isto dá-se ou no caso de se constituir uma relação jurídica que se liga com um facto anterior à aquisição da nova lei pessoal, ou no caso da prática de um acto que determina a aquisição de uma nova nacionalidade.

Do primeiro caso é exemplo frisante o reconhecimento de um filho natural que, tendo por nascimento uma determinada nacionalidade, adquire por naturalização uma nova nacionalidade. Discutem os autores se as condições de legitimidade do reconhecimento, por parte do filho, devem ser determinadas pela lei da sua primeira nacionalidade ou pela lei da segunda. A solução, porém, mais razoável parece a de que se deve atender à lei pessoal do individuo ao tempo em que é praticado o acto do reconhecimento. Até aí havia apenas a possibilidade do reconhecimento e não um direito constituído que devesse ser respeitado pela nova lei pessoal.

Parece-nos por isso que pode formular-se o principio de

que, quando se constitui uma relação jurídica que entra no domínio da lei pessoal e se liga com um facto anterior à aquisição de uma nova nacionalidade, essa relação jurídica deve ser regulada pela nova lei pessoal, sempre que o facto anterior não constituiu um direito adquirido, mas representa uma simples condição de possibilidade da constituição da mesma relação jurídica.

O segundo caso é exemplificado pela questão levantada na doutrina sobre se a capacidade matrimonial da mulher se deve determinar em harmonia com a lei da sua nacionalidade anterior ao casamento ou pela lei nacional do marido quando a mulher adquira, como em geral adquire, a nacionalidade do marido. Sustentam alguns autores que devia atender-se à lei nacional do marido, pois lhes parece justo que, produzindo o casamento a unidade de nacionalidade, seja da competência exclusiva da lei correspondente a essa nacionalidade a determinação das condições de validade do casamento. Não consideramos, contudo, fundamentada esta doutrina. A unidade de nacionalidade resulta do casamento válidamente celebrado e a capacidade para celebrar um casamento válido deve ser determinada pela lei a que a mulher está sujeita quando se procura verificar essa capacidade e não pela lei a que ficará sujeita depois do casamento. A mulher só perde a nacionalidade pelo acto mesmo do casamento e, por isso, até esse acto, rege a lei da sua nacionalidade ⁽¹⁾.

O mesmo poderá dizer-se de qualquer outro caso em que a constituição de uma relação jurídica determine a perda da nacionalidade. A antiga lei pessoal deve reger até à prática do acto respectivo, mesmo para a determinação das condições de validade do acto, quando essas condições entrem no domínio da lei pessoal ⁽²⁾.

Importa lembrar que desta doutrina se desviava o artigo 19.º do Código civil e se desvia o hoje artigo 1.º do decreto de 2 de dezembro de 1910, emquanto exigia o Código e exige o decreto que o estrangeiro que queira naturalizar-se português deve ser maior segundo a lei do Estado de origem e segundo a lei portuguesa ⁽³⁾.

(1) A doutrina seguida no texto é a estabelecida no artigo 1.º da convenção de Haia de 12 de julho de 1902 sobre as condições de validade do casamento, o qual manda regular o direito de contrair casamento pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, preceito transcrito no artigo 143.º do nosso regulamento consular de 7 de março de 1920.

(2) Pillet, *Principes*, pag. 326; Perroud, *Des conséquences d'un changement de la loi personnelle*, em *Clunet*, 1905, pag. 292.

(3) Vide supra, pag. 97.

127—Esboçado o estudo do problema da determinação da lei pessoal, procuraremos traçar, resumidamente, a esfera da sua aplicação.

1—*Estado e capacidade das pessoas.* É um ponto firmemente estabelecido na doutrina desde os estatutários e firmemente consagrado pelas leis internas e pelos tratados que são leis pessoais as leis relativas ao estado e capacidade das pessoas. Estas leis constituem mesmo o tipo das leis pessoais.

a) *Doutrina.* A expressão doutrinária de carácter extraterritorial das leis respeitantes ao estado e capacidade das pessoas vamos estudá-la sucessivamente na teoria estatutária, no sistema de Savigny, na escola italiana, no sistema de Pillet, e nas resoluções do Instituto de direito internacional, referindo-nos ainda à doutrina anglo-americana.

Para os estatutários, as leis de estado e capacidade constituem o tipo do estatuto pessoal. É o que se vê claramente na doutrina da escola francesa do século XVI, organizada por D'Argentré e que constitui a primeira fórmula completa da doutrina estatutária. Para D'Argentré todos os estatutos eram ou *pessoais* ou *reais*. Eram pessoais os que dispõem de *personarum statu* ou de *personae jure aut habilitate a dactus civiles*, pertencendo a tal categoria os estatutos que fixam a maioridade, que estabelecem a incapacidade da mulher casada, que submetem os filhos ao poder paternal ou que regulam a legitimação ⁽¹⁾.

Em Savigny, lê-se esta passagem terminante: «Se se perguntar qual é o direito aplicável aos diferentes estados da pessoa que determinam a capacidade de direito e a capacidade de agir, responde-se: é pura e simplesmente o direito local a que esta pessoa se encontra sujeita pelo facto do domicílio» ⁽²⁾.

A doutrina da escola italiana aparece nitidamente nas conclusões do relatório apresentado por Mancini ao Instituto de direito internacional em 1874, onde se lê: «O estado e capacidade das pessoas, as relações de família e os direitos e obrigações que daí derivam devem ser julgados aplicando-se-lhes as leis da pátria, isto é, as leis da nação de que elas fazem parte» ⁽³⁾.

(1) Lainé, ob. cit., pag. 327 e 328.

(2) Savigny, ob. cit., pag. 133.

(3) *Clunet*, 1874, pag. 304.

Pillet, procurando determinar o domínio do estatuto pessoal, escreve: «As primeiras leis a indicar são as que respeitam ao estado e capacidade das pessoas, porque foi a seu respeito que o império do estatuto pessoal primeiro se impôs, nunca deixando de reunir a unanimidade dos sufrágios» (1).

O Instituto, na sexta das *Regras de Oxford*, adoptou esta doutrina: «O estado e capacidade de uma pessoa são regidos pela lei do Estado a que ela pertencer pela nacionalidade» (2).

Embora com restrições, fundadas em razões de interesse público (*national policy*), pode dizer-se que também a doutrina anglo-americana, nas suas tendências mais recentes, aceita o princípio geral de que o estado e capacidade das pessoas são regulados pela lei pessoal, na sua forma de lei do domicílio (3).

b) *Direito comparado*. Para estabelecer o modo de ser do direito comparado acerca do carácter exterritorial das leis relativas ao estado e capacidade das pessoas, indicaremos de preferência as leis *tipos*, à volta das quais *giram* ou para as quais *tendem* todas as outras. Limitaremos por isso, em regra, a nossa referência aos códigos francês, italiano, argentino e brasileiro, e às leis suíça, alemã e japonesa.

O código francês, artigo 3.º, dispunha que as leis relativas ao estado e capacidade regiam os franceses, mesmo residentes em país estrangeiro. Como vimos, a doutrina e a jurisprudência completaram este preceito com a admissão da regra de que o estado e capacidade dos estrangeiros em França são regulados pela lei do seu país.

O código civil italiano formulou já uma regra geral, dispondo, no artigo 6.º, que o estado e capacidade das pessoas são regulados pela lei nacional. A lei relativa ao estado e capacidade era, pois, uma lei pessoal tanto para nacionais como para estrangeiros.

O mesmo carácter geral aparece nos artigos 6.º e 7.º do código civil argentino, que, consagrando o sistema da lei do domicílio, sujeita a capacidade e incapacidade das pessoas, nacionais ou estrangeiras, à lei pessoal, sob a forma de lei do domicílio.

E as leis ou códigos posteriores, ou no mesmo artigo, à semelhança do código italiano, o que acontece na lei alemã (art. 7.º), na lei japonesa (art. 3.º) e no código civil brasileiro em disposições separadas, à semelhança do código acontece no Código civil português. Formulam já, ou uma regra *única* ou regras

paralelas para nacionais e estrangeiros, no sentido de sujeitar à lei pessoal quer a capacidade, quer o estado e capacidade.

c) *Tratados plurilaterais*. O tratado de Lima dispõe no artigo 3.º: «O estado e capacidade das pessoas são regulados pela sua lei nacional, ainda que se trate de actos praticados ou de bens existentes em país estrangeiro». O tratado de Montevideo estabelece no artigo 1.º: «A capacidade das pessoas é regida pelas leis do seu domicílio». Sem discutir por agora o valor das fórmulas *estado e capacidade das pessoas*, e *capacidade das pessoas*, a primeira do tratado de Lima e a segunda do tratado de Montevideo, vê-se que os dois tratados obedeceram à corrente geral de considerar pessoais as leis relativas ao estado e capacidade das pessoas.

As conferências da Haia resolveram não definir princípios gerais de direito internacional privado, e por isso não formularam em qualquer projecto de convenção o princípio de que o estado e capacidade das pessoas são regulados pela lei pessoal. Contudo, sendo certo que a convenção relativa às condições de validade do casamento manda regular, em princípio, a capacidade matrimonial pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, que a convenção relativa ao divórcio e à separação de pessoas torna as respectivas acções *sempre* dependentes do divórcio ou a separação serem admitidos pela lei nacional dos cônjuges, que as convenções relativas à tutela e à interdição mandam, em princípio, regular estas instituições pela lei nacional do pupilo ou do interdito, e que a convenção relativa aos efeitos do casamento manda regular os direitos e deveres dos cônjuges pela sua lei nacional e a capacidade para outorgar uma convenção nupcial pela lei nacional de cada um deles, é indiscutível que as convenções da Haia têm sido organizadas sobre o princípio de que o estado e capacidade são regulados pela lei pessoal.

d) *Direito português*. A lei portuguesa é expressa. O Código civil manda regular o estado e capacidade dos portugueses que viajam ou residem em país estrangeiro pela lei portuguesa (art. 24.º) e manda regular o estado e capacidade dos estrangeiros pela lei do seu país (art. 27.º), e o Código comercial (art. 12.º) manda regular pela lei portuguesa a capacidade comercial dos portugueses que contraem obrigações em país estrangeiro, e a capacidade dos estrangeiros que contraem obrigações em Portugal pelo lei do seu país. Isto é, o nosso direito considera pessoais as leis relativas ao estado e capacidade das pessoas.

Isto pelo que respeita ao direito comum. Quanto ao direito convencional, Portugal assinou e ratificou todas as convenções da Haia acima mencionadas, e por isso também nas relações com os Estados contratantes reconheceu o princípio de que são leis pessoais as relativas ao estado e capacidade das pessoas.

1, 555.

2, ág. 56.

3, ob. cit., pág. 55; Dicey, *Conflict of laws*, pág. 454.

4, 1, pág. 207 e seg.; Conf. Meili, ob. cit., pág. 184 e seg.

128—11 — *Relações de família.* O segundo grupo de leis que a doutrina e o direito positivo fazem entrar na categoria das leis pessoais são as relativas aos direitos de família.

a) *Doutrina.* Como nota Savigny, o direito de família tem muita semelhança com o estado da pessoa considerada em si mesma, e pode certamente dizer-se que a família é uma *forma* do estado das pessoas, e por isso era natural que a elaboração doutrinária se definisse no sentido de considerar pessoais as leis reguladoras das relações de família. Assim aconteceu, com efeito.

Já a doutrina estatutária formulou soluções que mostram a tendência para integrar as relações de família na lei pessoal. Assim é que D'Argentré, por exemplo, considerava pessoais os estatutos que estabelecem a incapacidade da mulher casada e os que regulam o poder paternal, a legitimação e a interdição (1), e tudo isto entra evidentemente no direito de família.

No sistema de Savigny, porém, todas as relações de família são *normalmente* sujeitas à lei pessoal, como facilmente se verifica a respeito das relações entre os cônjuges, que ele submete à lei do domicílio do marido, a respeito das relações entre pais e filhos, que sujeita à lei do domicílio do pai, e a respeito da tutela, que sujeita, quanto à constituição e administração, à lei do domicílio do pupilo, quanto à obrigação de o tutor aceitar a tutela, à lei do domicílio do tutor e, quanto às responsabilidades do tutor, à lei do domicílio do pupilo (2).

A escola italiana aceita sem hesitações o princípio geral de que as relações de família devem ser reguladas pela lei pessoal sob a forma de lei nacional. No já citado relatório de Mancini, escreveu este: «As relações de família e os direitos que daí derivam devem ser julgados em harmonia com a lei da nação de que as pessoas fazem parte» (3). A escola pode discutir, quando nas relações de família aparecem pessoas de diferente nacionalidade, qual a lei que deve prevalecer, se a do pai se a do filho por exemplo, mas não discute se semelhantes relações devem ou não entrar no domínio da lei pessoal.

Pillet não só admite o princípio geral de que o direito de família entra na esfera de aplicação da lei pessoal (4), mas, estudando os diferentes grupos de relações familiares — relações entre os cônjuges, relações entre pais e filhos e instituições pupilares e quasi pupilares, a todas aplica a lei pessoal (5).

O Instituto de direito internacional, sempre que se tem ocupado do regime jurídico internacional das relações de fami-

lia, considera a lei nacional como lei normalmente competente para as regular. Assim o fez: na sessão de Lausanne de 1868, quanto às condições de validade intrínseca do casamento, que submeteu à lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, quanto aos efeitos do casamento nas relações entre os cônjuges e nas relações com os filhos nascidos anteriormente, que sujeitou à lei nacional do marido, e quanto à admissibilidade do divórcio, que tornou dependente da lei nacional dos cônjuges (1); na sessão de Hamburgo de 1891, quanto à tutela de menores, que submeteu à lei nacional do menor (2); e na sessão de Cambridge de 1895, quanto à interdição de maiores, que subordinou à lei nacional do interdito (3).

A doutrina anglo-americana, em matéria de relações de família, é ainda muito oscilante entre a *lex loci* e a *lei do domicílio*. Em todo o caso, já pode ver-se uma clara tendência para submeter essas relações à lei do domicílio. É assim que a doutrina inglesa submete os impedimentos matrimoniais, o divórcio, a legitimação e as relações patrimoniais mobiliárias entre os cônjuges ou entre pais e filhos à lei do domicílio (4). A doutrina americana é mais territorialista. Todavia, não deixa de admitir modificações no sentido de submeter algumas relações de família à lei pessoal, como os direitos patrimoniais mobiliários dos cônjuges, a legitimação, a adopção, o poder paternal quanto a bens móveis, e o divórcio. A evolução é lenta, mas é real, no sentido de *personalizar* o direito de família (5).

b) *Direito comparado.* O código francês, que, em matéria de conflitos de leis, quasi se limitou às disposições gerais do artigo 3.º, formulou, a respeito das relações de família, as três regras: que a validade do casamento de franceses em país estrangeiro depende, quanto à forma, da lei do lugar da celebração e, quanto às condições de validade intrínseca, da lei francesa (art. 170.º); que devem ser feitas em França as publicações exigidas pela lei para o casamento celebrado em França (art. cit.); e que o registo do casamento deve ser transcrito em França dentro de três meses a contar do regresso do cônjuge ou cônjuges franceses (art. 171.º). Nenhuma outra disposição especial aparece na lei francesa acerca do regime jurídico internacional das relações de família, e contudo a doutrina e a jurisprudência construíram uma teoria jurídica personalista completa a respeito da lei reguladora das relações de família. Bastaram-lhes para isso os preceitos do artigo 3.º e do artigo 170.º, sinal evidente de que as tradições e as tendências do direito

(1) Lainé, ob. cit., I, pág. 328.

(2) Ob. cit., §§ 379 e 380.

(3) *Clunet*, 1874, pág. 304.

(4) *Principes*, pág. 346.

(5) A. Pillet, *Droit international privé* (Resumé du cours 1904-1905), pág. 352 e seg.

(1) *Annuaire*, x, pág. 75.

(2) *Annuaire*, XI, pág. 104.

(3) *Annuaire*, XIV, pág. 373.

(4) Vide: Dicey, *Statut personnel*, I, pág. 15a 24 e 265 e seg., e II, pág. 1 e seg., e *Conflict of laws*, pág. 456 e seg.; Westlake, ob. cit., pág. 68.

(5) Vide: Wharton, ob. cit., pág. 302 e seg.

européu continental eram evidentemente favoráveis à aplicação exterritorial das leis de família (1).

O código civil italiano traduziu claramente estas tradições e tendências na fórmula genérica do artigo 6.º do título preliminar, onde se dispõe que as *relações de família são reguladas pela lei da nação a que as pessoas pertencem*. E, a par com este preceito genérico, estabeleceu, nos artigos 100.º, 101.º e 102.º, regras especiais acerca do casamento de italianos em país estrangeiro e acerca do casamento de estrangeiros em Itália, determinando designadamente que a capacidade matrimonial dos italianos é regulada pela lei italiana e que a capacidade dos estrangeiros é regulada pela lei do seu país e pela lei italiana, sendo evidentemente a lei nacional aplicada como lei *normalmente competente* e a lei italiana como lei de ordem pública. Em face destes textos, e do princípio geral, consignado também no artigo 6.º do título preliminar, de que o estado e capacidade das pessoas são regulados pela sua lei nacional, a doutrina e a jurisprudência italianas são unânimes em considerar a lei nacional como lei normalmente competente para regular todas as relações de família (2).

Esta submissão geral das relações de família à lei pessoal foi estabelecida, posteriormente ao código civil italiano, pela lei suíça de 1891, completada pelo código civil de 1907, pela lei alemã de 1896, pela lei japonesa de 1898 e pelo código civil brasileiro de 1916. A lei suíça de 1891, resolvendo directamente os conflitos entre as leis dos diferentes cantões, manda regular, ora pela lei do *domicílio* ora pela lei da *origem*, diferentes relações de família, e manda aplicar por analogia as suas disposições aos conflitos das leis suíças com as leis estrangeiras. Ora, sendo certo que a lei de 1891 manda regular a capacidade da mulher casada, o poder paternal, a tutela e o regime matrimonial pela lei do domicílio, e a filiação legítima, a perfilhação voluntária ou judicial, e a adopção pela lei da origem, nos conflitos entre as leis suíças e as leis estrangeiras deverá, em princípio (3), entender-se que a capacidade da mulher casada, o poder paternal, a tutela e o regime matrimonial são regidos pela lei do domicílio, e a filiação, perfilhação e adopção pela lei nacional, que corresponde à lei da origem, isto é, a lei submete uma série importante das relações de família à lei pessoal. A mesma orientação geral foi seguida pelo código civil suíço;

(1) Vide Weiss, *ob. cit.*, III, pág. 384 e seg., e IV, pág. 1 e seg.

(2) Vide: Fiore, *Trattato*, I, n.º 64 e seg., e II, n.º 50 e seg.; Diena, *Dir. int. priv.*, n.º 111 e seg.

(3) Dizemos em princípio, porque, quanto aos suíços em país estrangeiro, a lei suíça poderá ser substituída pela lei estrangeira, se uma regra de conflitos do país em que se encontram assim o determinar (Vide Lei federal de 25 de junho de 1891, art. 28.º, n.º 2.º; Código civil, art. 59.º, artigos 7.º e 7.º g).

no título final, artigo 59.º, alíneas 7 c, 7 f, 7 g, 7 h e 7 i, o qual, também em princípio, reconheceu a competência da lei nacional para reger a capacidade matrimonial, o divórcio e a separação de pessoas.

A lei alemã, de 18 de agosto de 1896 admitiu, igualmente em princípio, a competência da lei pessoal, sob a forma de lei nacional, para regular as relações de família, como a validade intrínseca do casamento (art. 13.º), as relações jurídicas dos cônjuges (art. 14.º, 15.º e 16.º), o divórcio (art. 17.º), a filiação, a legitimação, a adopção e as relações entre pais e filhos (art. 18.º a 22.º), a tutela e a curatela (art. 23.º). Aparecem na lei alemã alguns desvios da lei pessoal para a aplicação das leis alemãs, mas isso não obsta a que o princípio adoptado seja o de que as relações de família são da competência da lei pessoal.

A lei japonesa, de 15 de junho de 1898, que é de todas as leis internas a mais completa sobre o assunto, estabelece o princípio geral de que as relações de família e os direitos ou obrigações que delas derivam, e que pela mesma lei não sejam previstas, serão reguladas pela lei nacional das partes, e estabelece designadamente o regime jurídico internacional da capacidade matrimonial, que manda regular pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, os efeitos do casamento, que sujeita, em regra, à lei nacional do marido (1), o divórcio, que subordina à lei nacional do marido, com a modificação apenas de que a causa de divórcio invocada deve existir também segundo a lei do Japão, a legitimação, mandando aplicar-lhe, quanto às condições, cumulativamente a lei do pai ou da mãe e a lei do filho, e, quanto aos efeitos, a lei do pai ou da mãe, e a adopção, para a qual estabelece o regime seguido para a legitimação, as relações entre pais e filhos, aplicando-lhes a lei pessoal do pai ou da mãe, a dívida alimentícia, submetendo-a à lei nacional do devedor, e a tutela e a curatela, que sujeita à lei nacional do tutelado ou do curatelado, a não ser que estes residam no Japão, pois, em tal caso, será competente a lei japonesa, contanto que a causa da tutela ou da curatela exista na lei do país do tutelado e do curatelado. É o reconhecimento formal da competência da lei pessoal para regular todas as relações de família.

O código civil brasileiro contém, quanto às relações de família, a seguinte disposição: «A lei nacional da pessoa determina a capacidade civil, os direitos de família, as relações pessoais dos cônjuges e o regime de bens no casamento, sendo lícito quanto a este opção pela lei brasileira». Este preceito representa a aceitação sem restrições da competência da lei

(1) *Supra*, n.º 114 — 11.º.

pessoal como lei normalmente competente para regular as relações de família.

Fica assim patente que, como acontece na doutrina, o direito positivo tem evoluído no sentido de fazer entrar as relações de família no domínio da lei pessoal.

c) *Tratados plurilaterais.* O tratado de Lima só procurou regular, no capítulo das relações de família, o regime jurídico internacional da capacidade matrimonial, das relações pessoais dos cônjuges, das relações entre pais e filhos e dos direitos patrimoniais dos cônjuges, mas todas essas relações as mandou regular pela lei pessoal, a capacidade matrimonial pela lei nacional e os restantes assuntos pela lei do domicílio (art. 10.º, 13.º e 15.º).

O tratado de Montevideo sobre direito civil é mais territorialista, pois sujeita a capacidade matrimonial, a legitimação por subsequente matrimónio e a filiação legítima, em tudo que respeita à validade ou nulidade do casamento, à lei do lugar da celebração do casamento (art. 11.º e 16.º), o poder paternal, no que tem de pessoal, à lei do lugar onde é exercido (art. 14.º) e, no que tem de patrimonial, à lei do lugar da situação dos bens (art. 15.º), e os direitos e obrigações respeitantes à filiação ilegítima pela lei do lugar em que devam tornar-se efectivos. Contudo, estabeleceu o mesmo tratado que a lei do domicílio matrimonial regerá os direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais e patrimoniais (art. 12.º e 41.º), a separação de pessoas e o divórcio (art. 13.º) e a filiação legítima em tudo que se não refira à validade ou nulidade do casamento, bem como determinou que o deferimento da tutela e da curatela será regido pela lei do domicílio do incapaz, o que mostra claramente que aos autores do tratado não foi estranho o princípio de que as relações de família são da competência da lei pessoal.

Onde, porém, o princípio aparece em toda a sua força é nas convenções da Haia, pois, sempre que estas convenções se propuseram formular o regime das relações de família, declararam normalmente competente a lei pessoal sob a sua forma de lei nacional. Assim aconteceu quanto às condições de validade e aos efeitos do casamento (Convenções de 12 de junho de 1902 e de 17 de julho de 1905), quanto ao divórcio e à separação de pessoas (Convenção de 12 de junho de 1902) e quanto à tutela de menores e à interdição (Convenções de 12 de junho de 1902 e de 17 de julho de 1905). Estas convenções representam a consagração solene da tendência do direito europeu para integrar as relações de família no domínio da lei pessoal.

d) *Direito português.* Portugal assinou e ratificou todas as convenções da Haia relativas ao direito de família, não existem entre o nosso país e as potências quaisquer outros tratados que regulem aquele direito, e por isso o direito português convencional é só no sentido de integrar as relações de família na esfera de aplicação da lei pessoal.

Quanto ao direito português comum, são muito poucos os textos das nossas leis sobre o assunto. Há apenas lei expressa sobre as condições de validade do casamento e sobre o regime de bens no casamento. Sobre as condições de validade do casamento, dispõe o artigo 143.º do regulamento consular de 7 de março de 1920, cujo preceito é: «O direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges». Pela sua generalidade, o preceito é aplicável a portugueses e estrangeiros, e a fórmula que usa — *direito de contrair casamento*, tendo sido evidentemente imitada do artigo 1.º da convenção da Haia de 12 de junho de 1902, cuja primeira parte é exactamente igual àquele preceito do regulamento, pois diz, na versão oficial portuguesa: «O direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges», deve ter o mesmo alcance que o preceito da convenção, e este preceito abrange ambas as condições de validade intrínseca do casamento, isto é, a capacidade matrimonial e o consentimento (1).

Relativamente ao regime de bens, vigora o artigo 1107.º do Código civil, donde se infere que o regime é regulado pela lei nacional do marido.

Sobre as demais relações de família não contém a nossa lei preceitos especiais e por isso importa determinar, mediante processos adequados de técnica jurídica, qual a lei reguladora das relações jurídico pessoais dos cônjuges, do divórcio e da separação de pessoas, da filiação legítima e ilegítima, do poder paternal, da tutela e da interdição:

1.º *Relações pessoais dos cônjuges.* As relações jurídicas dos cônjuges resultam do seu *estado de casados*, e por isso, à falta de preceito especial que determine o seu regime, devem considerar-se sujeitas à lei reguladora do estado das pessoas, que é, como sabemos, a lei pessoal sob a forma de lei nacional (Cód. civil, art. 24.º e 27.º).

2.º *Divórcio e separação de pessoas.* Tanto o divórcio como a separação de pessoas modificam o estado e, consequentemente, a capacidade das pessoas e, como tais, recaem sob a acção da lei reguladora do estado e capacidade das pessoas, que é, repetimos, a lei nacional.

3.º *Filiação, poder paternal, tutela e curatela.* Todas estas instituições se relacionam evidentemente com o estado ou com a capacidade civil das pessoas e por isso também entram, em face dos artigos 24.º e 27.º do Código civil, no domínio da lei pessoal.

E' assim certo que, segundo o direito português comum, todo o direito de família se integra na esfera de acção da lei pessoal.

(1) Vide: *Actes de 1900*, pág. 169.

129 — III — *Sucessões*. Ainda a doutrina e o direito positivo são preponderantemente no sentido de incluir as sucessões no domínio da lei pessoal.

a) *Doutrina*. As doutrinas estatutárias foram muito divergentes na determinação da lei reguladora das sucessões, dividindo-se em dois sistemas diametralmente opostos, o sistema da *realidade* do estatuto sucessório, segundo o qual a sucessão devia ser regulada pela *lei da situação dos bens*, que foi o sistema preponderante, e o sistema da *personalidade* daquele estatuto, que defendia a competência da *lei do domicílio do autor da herança*. A doutrina que predominou foi a que considerava competente a lei da situação dos bens, mas, porque esta doutrina considerava os bens móveis situados no lugar do domicílio do autor da herança, a doutrina estatutária preponderante sobre a lei reguladora da sucessão foi a seguinte: a sucessão imobiliária é regulada pela *lex rei sitae*; a sucessão mobiliária é regulada pela lei do domicílio do *de cuius*. Indirectamente embora, e por aplicação do princípio *mobilia sequuntur personam*, já a lei da sucessão foi considerada pela doutrina estatutária preponderante como uma lei pessoal relativamente aos bens móveis ⁽¹⁾.

A luta científica na determinação da lei reguladora das sucessões continua, porém, depois do período estatutário e a opinião que naquele período representava a *minoría*, representa hoje incontestavelmente a *maioría*, acentuando-se cada vez mais a doutrina de que uma *lei única* deve reger a sucessão, seja qual for a natureza dos bens e seja qual for o país da sua situação, e que essa lei única deve ser a *lei pessoal* do autor da herança.

É a doutrina de Savigny, que escreve: «Este direito (de sucessão) consiste na transmissão do património do defunto a outras pessoas, o que constitui uma extensão do poder e da vontade do homem além do termo da vida; e esta vontade que continua a agir é ora expressa (sucessão testamentária), ora tácita (sucessão *ab intestato*). Esta relação liga-se imediatamente à pessoa do defunto, como acontece, segundo vimos, com a capacidade jurídica e como se dá, segundo veremos mais tarde, com a família. Se esta exposição é conforme à natureza das coisas, devemos dizer que o direito de sucessão é regulado pela lei do domicílio que tenha o defunto no momento da morte. Reproduzindo aqui as expressões técnicas mais acima explicadas, diremos que as leis sobre o direito de sucessão pertencem aos estatutos pessoais, pois têm por objecto a *pessoa principaliter* e não se ocupam dos bens senão acessoriamente» ⁽²⁾. Desenvolvendo estas ideias, sustenta Savigny a doutrina da *unidade de regime* da sucessão, sem distinguir entre móveis ou

imóveis, considerando competente para a regular a lei pessoal sob a forma de lei do domicílio.

É exactamente igual a doutrina da escola italiana, apenas com a diferença de substituir à lei do domicílio a lei nacional. No já citado relatório de Mancini, escreve este, resumindo a doutrina da escola: «Nas *sucessões* à universalidade de um património, cabe também à lei nacional determinar as *pessoas sucessíveis*, a medida da *quota disponível*, e da *legítima*, e as condições requeridas para a *validade intrínseca das disposições de última vontade*, seja qual for a natureza dos bens e seja qual for o país da sua situação» ⁽¹⁾.

Idêntica à da escola italiana é a doutrina de Antoine Pillet. Este escritor, depois de traçar a evolução das ideias sobre o regime jurídico internacional das sucessões, depois de ter afirmado que a escola de Mancini havia auxiliado grandemente a doutrina da antiga doutrina, que defendia o carácter *real* das leis de sucessão, e depois de demonstrar que estas leis são leis de protecção individual, conclui: «Parece-nos, pois, racional incluir estas matérias na competência da lei nacional do disponente» ⁽²⁾.

O Instituto de direito internacional consagrou inteiramente a doutrina da escola italiana, porquanto, na VII regra de Oxford, firmou o seguinte princípio: «As sucessões à universalidade de um património são regidas, quanto à determinação das pessoas sucessíveis, à extensão dos seus direitos, à medida quer da quota disponível quer da legítima, e à validade intrínseca das disposições de última vontade, pelas leis do Estado a que pertence o defunto» ⁽³⁾.

A doutrina anglo-americana conserva-se fiel à fórmula estatutária segundo a qual a sucessão dos imóveis é regulada pela *lex rei sitae* e a sucessão dos móveis pela lei do domicílio do autor da herança ⁽⁴⁾.

b) *Direito comparado*. O código civil francês não contém disposições sobre a lei reguladora das sucessões. Em face do silêncio da lei, a jurisprudência foi a princípio unânime e ainda hoje é preponderante no sentido de seguir o sistema tradicional estatutário, segundo o qual a sucessão é regulada, quanto aos imóveis, pela lei da situação e, quanto aos móveis, pela lei do domicílio do autor da herança, manifestando-se, contudo, a tendência para sujeitar a sucessão mobiliária, não à lei do domicílio, mas à lei nacional do autor da herança ⁽⁵⁾.

(1) *Clunet*, 1874, pág. 304.

(2) *Principes*, pág. 336 e seg. e pág. 362.

(3) *Annuaire*, v. pág. 56.

(4) Westlake, ob. cit., pág. 48 e 153; Dicey, *Le Statut personnel anglais*, II, pág. 262 e seg., e *Conflict of laws*, pág. 504, 664 e 668; Wharton, ob. cit., II, n.º 560 e 561.

(5) Valéry, ob. cit., n.º 839.

(1) Vide Lainé, ob. cit., II, pág. 279 e seg.; Weiss, *Traité*, IV, pág. 506.

(2) Ob. cit., § 575.

De jure constituendo, a doutrina francesa é preponderantemente favorável ao sistema da submissão integral da sucessão à lei nacional do *de cuius* (1).

O código civil italiano seguiu decididamente o sistema da unidade e da personalidade da lei reguladora da sucessão, como se vê do preceito do artigo 8.º do título preliminar, cuja letra é: «As sucessões legítimas e testamentárias, quer quanto à ordem da sucessão, quer acerca da medida dos direitos sucessórios e da validade intrínseca das disposições, são reguladas pela lei nacional da pessoa de cuja herança se trata, seja qual for a natureza dos bens e seja qual for o país em que se encontrem».

A unidade e personalidade nacionalística da lei reguladora da sucessão foi igualmente adoptada pelo código civil alemão (art. 24.º, 25.º e 26.º), pela lei japonesa (art. 25.º e 26.º) e pelo código civil brasileiro (art. 14.º) (2).

Ainda o código civil argentino, que mostra por vezes tendências territorialistas, adoptou o sistema da unidade e personalidade da lei reguladora das sucessões, embora seguisse o sistema da lei do domicílio. E' o que mostram os artigos 5317.º e 3646.º, cuja letra é: «Artigo 5317.º. O direito de sucessão ao património do defunto é regido pelo direito local do domicílio que o defunto tinha no momento da morte, quer os seus herdeiros sejam nacionais quer sejam estrangeiros. Artigo 3646.º. A substância do testamento e a sua validade ou nulidade são julgadas segundo as leis em vigor no lugar do domicílio do testador ao tempo da morte».

O direito anglo-americano não aceita o sistema da unidade e personalidade das leis sucessórias, mas já submete a sucessão mobiliária à lei do domicílio do autor da herança (3).

c) *Tratados plurilaterais*. O tratado de Lima consagrava o sistema da unidade pessoal da lei reguladora da sucessão, com uma alternativa interessante entre a lei nacional e a lei do domicílio, relativamente à sucessão testamentária. Eis as suas disposições: «Artigo 13.º. A capacidade de testar será regulada pela lei nacional do testador. Artigo 19.º. Os estrangeiros poderão testar na república segundo as leis do país do seu nascimento ou naturalização, ou segundo as do seu domicílio. Artigo 24.º. A sucessão *ab intestato* será regulada pela lei nacional do defunto».

O tratado de Montevideo seguiu uma doutrina absolutamente territorialista, sujeitando por inteiro a sucessão legítima e testamentária à lei do lugar da situação dos bens (art. 44.º e 45.º).

(1) Vide: Weiss, *Traité*, IV, pág. 501 e seg.; Pillet, ob. cit., n.º 174 e seg.; Renault, *Clunet*, 1876, pág. 6; Despagnet, ob. cit., n.º 359; Surville et Arthuys, ob. cit., n.º 536.

(2) *Supra*, n.º 115 a 116.

(3) Vide autores citados na nota 4 da pág. anterior.

A convenção da Haia, porém, optou pela unidade pessoal da lei da sucessão, dando competência à lei nacional. Eis o seu preceito: «Art. 1.º As sucessões, pelo que respeita à designação dos sucessíveis, à ordem segundo a qual são chamados, aos quinhões que lhes pertencem, às colações, à quota disponível e à legítima, são submetidas à lei nacional do defunto, quaisquer que sejam a natureza dos bens e o país onde estes se encontrem. A mesma regra se aplica à validade intrínseca e aos efeitos das disposições testamentárias».

d) *Direito português comum*. À parte duas disposições em que o Código civil se refere à lei reguladora da forma do testamento (art. 1961.º e 1965.º), as nossas leis não contêm preceitos sobre a lei reguladora das sucessões. Temos por isso que determinar o sistema legislativo português mediante processos de técnica jurídica que nos ensinam a formular esse sistema em face dos princípios gerais de direito internacional privado seguidos pelo nosso direito. Para isso consideraremos separadamente a sucessão legitimária, a sucessão legítima e a sucessão testamentária.

1.º) *Successão legitimária*. A sucessão legitimária assevera a certos membros da família do autor da herança uma quota parte dos seus bens, funda-se evidentemente nas relações de família, estas representam uma forma do estado das pessoas, e por isso parece evidente que a sucessão legitimária deve ser submetida à mesma lei que o estado de família do autor da herança. Ora, sendo certo que o estado das pessoas é regulado pela sua lei nacional, certo fica sendo também que a sucessão legitimária deve ser regulada pela lei nacional do autor da herança.

2.º) *Successão legítima*. Como a sucessão legitimária, funda-se a sucessão legítima nas relações de família, pois que a mesma sucessão é deferida aos parentes ou ao cônjuge do autor da herança. Sendo assim, colhe quanto a esta forma de sucessão a demonstração que acabamos de fazer quanto ao carácter pessoal da lei reguladora da sucessão legitimária.

3.º) *Successão testamentária*. Na sucessão testamentária, importa considerar três questões diferentes: α) a capacidade de testar; β) a medida da liberdade de testar; γ) e as regras relativas à devolução da quota disponível.

α) A capacidade de testar integra-se naturalmente na teoria geral da capacidade, e por isso deve, segundo o nosso direito, ser regulada pela lei nacional do autor da herança.

β) A medida da liberdade de testar é determinada pela legítima e, conseqüentemente, desde que a sucessão legitimária é regulada pela lei nacional do *de cuius*, pela mesma lei deve ser determinada a amplitude da liberdade de testar.

γ) A devolução da quota disponível entra, sem a mínima dúvida, na esfera da autonomia da vontade, e portanto, em princípio, deve dizer-se que é competente para a regular a lei que

for escolhida pelo autor da herança. Contudo, como adiante veremos com algum desenvolvimento, a acção livre da vontade não se compreende senão dentro de uma lei que fixe os limites da sua autonomia, e por isso importa determinar qual é a lei que deve normalmente fixar os limites da autonomia da vontade do testador quando êle dá destino à quota disponível dos seus bens.

O facto de a liberdade de testar ser sujeita à lei nacional do autor da herança já nos poderia indicar que é esta a lei competente para presidir ao acto testamentário naquilo em que êste acto tem de estar subordinado a uma lei imperativa.

Mas à mesma conclusão conduz um argumento de analogia derivado do nosso direito positivo. É certamente incontestável a analogia existente entre o acto testamentário, em que o indivíduo dispõe de seus bens para depois da sua morte, e o contrato antenupcial, em que se determina o destino dos bens à data da dissolução do casamento, pois que, normalmente, a dissolução do casamento coincide com a morte de um dos cônjuges. Ora a verdade é que, do artigo 1107.º do Código civil, se vê que o legislador quis submeter o regime de bens no casamento à lei nacional do marido, isto é, fez entrar o assunto na esfera de acção da lei pessoal.

Sendo assim, a doutrina a estabelecer é que a sucessão testamentária é regulada pela lei nacional do autor da herança, competindo a essa lei fixar os limites dentro dos quais o testador pode escolher outra lei para regular a devolução da quota disponível (1).

130 — IV — Doações. A doação é um instituto jurídico com afinidades com os contratos e com o testamento, tendo sido e sendo ainda muito hesitante a doutrina e o direito positivo acêrca da determinação do seu regime jurídico internacional. Pode, porém, dizer-se que a tendência preponderante é no sentido de a fazer depender da lei pessoal.

a) *Doutrina.* A doutrina estatutária não estudou o problema geral do regime das doações, embora estudasse o problema especial das doações entre cônjuges, sobre o qual muito divergiram os estatutários, considerando uns a lei reguladora de tais doações como um estatuto real e considerando-a outros como um estatuto pessoal (2).

Savigny também apenas se referiu às doações entre côn-

juges, submetendo-as à lei do domicílio, integrando-as assim na esfera de aplicação da lei pessoal (1).

A escola italiana encara já o problema geral e resolve-o no sentido de submeter a doação à lei nacional do doador, como de modo explícito se lê em Fiore (2).

É o ponto de vista geral da escola italiana pode dizer-se que é o que hoje prepondera na doutrina, embora nesta se encontrem duas correntes características, a corrente geral que considera pessoal a lei das doações pela afinidade destas com as sucessões, e a corrente apresentada por A. Pillet (3) que filia a lei das doações *directamente* nas leis pessoais como uma lei de protecção das pessoas.

Uma outra concepção, porém, ainda aparece na doutrina. É a concepção de Dreyfus, que considera a doação como um acto jurídico independente da personalidade das partes e por isso sujeito à teoria geral dos contratos (4).

Semelhante concepção não representa, contudo, o pensamento geral dos escritores, e por isso podemos continuar a dizer que a tendência geral é no sentido de considerar a lei das doações como uma lei pessoal.

b) *Direito comparado.* As leis internas são em geral omissas acêrca da lei reguladora das doações, ficando livre a jurisprudência para as submeter à lei pessoal ou à lei dos contratos, segundo o critério doutrinário do julgador. Todavia, o título preliminar do código civil italiano já prevê a questão, aproximando expressamente as doações dos testamentos no artigo 9.º, cuja alínea 2.ª dispõe: «A substância e os efeitos das doações e dos testamentos reputam-se regulados pela lei nacional dos disponentes». Decidiu-se assim pelo sistema da personalidade da lei reguladora das doações. E, até certo ponto, também assim o fez a lei suíça de 1891, porquanto dispõe no artigo 27.º que, a respeito da legítima, as doações entre vivos ou *mortis causa* estão sujeitas à lei que rege a sucessão do doador, que é, segundo o artigo 22.º, a lei do domicílio.

c) *Tratados plurilaterais.* O tratado de Lima, que, em geral, submeteu a sucessão testamentária à lei pessoal (art. 18.º a 21.º), dispunha no artigo 25.º que as doações estavam sujeitas às disposições estabelecidas para os testamentos.

O tratado de Montevideo nada diz acêrca de doações, e por isso deverão por ventura considerar-se compreendidas nas disposições respeitantes aos actos jurídicos, que o tratado sujeita à lei do lugar da execução.

As conferências da Haia ainda não regulamentaram o assunto.

(1) Vide: Dr. José Alberto dos Reis, *Das sucessões no direito internacional privado*, pág. 92 e seg.; *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 29.º, n.º 1819, pág. 7, ano 31.º, n.º 1401, pág. 229, e ano 47.º, n.º 1976, pág. 310; *Herança Davidson — Lei reguladora desta sucessão*, Lisboa, 1908; *Herança Davidson — Lei reguladora desta sucessão segundo o direito português e o direito inglês*, Lisboa, 1907.

(2) Pillet, *Principes*, pág. 353.

(1) Ob. cit., pág. 330.

(2) *Tratato*, tom. IV, pág. 466.

(3) Ob. cit., pág. 446 e seg.

(4) Ob. cit., pág. 446 e seg.

No projecto organizado e votado na conferência de 1895, equiparava-se a doação ao testamento, submetendo-os ambos à lei nacional, como se vê do artigo 2.º do projecto, assim redigido: «A capacidade de dispor por testamento ou por doação, bem como a substância e os efeitos dos testamentos e das doações são regidos pela nacional do disponente» (1). Contudo, na conferência de 1894, resolveu-se, sobre proposta do delegado suíço Roguin, que se limitasse o preceito às doações *mortis causa* (2), e a mesma doutrina foi aceita pela conferência de 1900 (3). Por fim, a conferência de 1904 deixou mesmo de falar em doações, para apenas regular a validade do testamento e a medida da liberdade de testar (4).

Esta evolução do pensamento das conferências obedeceria, pois, à ideia de que as doações não entram no domínio da lei pessoal? Nunca semelhante ideia foi afirmada, e antes parece que se obedeceu ao pensamento de apenas regular as sucessões, deixando para mais tarde o regime das doações (5).

e) *Direito português*. Nenhum preceito expresso existe acerca do regime das doações. Que pensar, pois, no silêncio da lei?

Segundo o artigo 1457.º do Código civil, as doações *mortis causa* têm a natureza de disposições de última vontade, ficando sujeitas às regras estabelecidas no título dos testamentos, e, portanto, a doutrina a estabelecer a seu respeito é a que deixamos estabelecida quanto à sucessão testamentária.

E a doação entre vivos? A regulamentação desta espécie de doações resolve-se numa série de restrições à liberdade de acção do doador, como a impossibilidade de dispor de bens futuros, a irrevogabilidade, a nulidade da doação de todos os bens do doador, a ressalva de certa parte dos bens em favor do doador, a nulidade da doação feita por homem casado à concubina, etc. (Cód. civil, art. 1452.º e seg.), restrições que todas têm por fim quer a protecção da pessoa do doador, quer a protecção da família deste, e que são, no fundo, uma série de *incapacidades*. Sendo assim, parece lógica a doutrina de submeter, em princípio, tais doações à lei competente para definir a condição jurídica e a capacidade das pessoas, que é, segundo o nosso direito, a lei nacional. «Em parte alguma» podemos dizer com Pillet, «a competência da lei pessoal é mais certa e mais sólida» (6). Além de que, é certamente incontestável a afinidade existente entre a doação e a liberalidade testamentária, e por isso, se esta deve ser regida pela lei

nacional do testador, também a doação deve ser regida pela lei nacional do doador, naquilo em que não seja meramente *convencional* e sobre que não seja legítima a aplicação do princípio da autonomia da vontade, onde a lei nacional do doador poderá ser substituída pela lei escolhida pelos contratantes.

131 — *Critério geral*. A análise das correntes doutrinárias e do direito positivo sobre a esfera de aplicação da lei pessoal habilita-nos a surpreender o critério de determinação das leis pessoais. São tais as leis relativas ao estado e capacidade das pessoas, às relações de família, às sucessões e, segundo uma tendência considerável da doutrina e do direito positivo, às doações, isto é, as leis que ou definem *qualidades da pessoa* que podem ter influência na sua vida jurídica — *as leis de estado*, ou determinam o *estado especial* que resulta das relações de família e que claramente traduzem o *modo de ser* da pessoa, pela sua ligação com outras pessoas pelo sentimento ou pelo sangue, — *as leis de família*, ou designam o *destino dos bens da pessoa* considerados como uma *unidade económica* em que se reflecte a *unidade pessoal* do seu possuidor, quer em harmonia com um acto de vontade da mesma pessoa, quer segundo as suas relações de família, — *as leis de sucessão*, ou medem em defesa do próprio doador ou dos seus herdeiros legítimos, o grau das suas liberalidades — *as leis relativas a doações*. Sempre, portanto, leis que *modelam* a personalidade ou asseguram a sua *identidade*, tanto na sua base moral como na sua base económica, no jogo necessário e mudável das relações internacionais. A pessoa *una* através das divergências das leis dos diferentes Estados, tal o significado jurídico das leis de competência personalizada, devendo assim considerar-se toda a lei que, na frase de Dreyfus, respeite a um atributo permanente da personalidade e tenda a garantir a sua continuidade no tempo e no espaço, em alguma das suas manifestações físicas, moral ou patrimonial (1).

III

132 — Todas as doutrinas que se têm proposto a resolução de conflitos de leis e todas as legislações dos Estados civilizados reconhecem a existência de *leis pessoais*, de aplicação exterritorial, as quais devem acompanhar o indivíduo e regular a sua situação jurídica onde quer que ele se encontre.

O campo de acção das leis pessoais é constituído, segundo

(1) *Actes*, de 1895, pág. 79, e *Protocolo final*, pág. 3.

(2) *Actes*, de 1894, pág. 119 e 120, e *Protocolo final*, pág. 8.

(3) *Actes*, de 1900, pág. 123 e 244.

(4) *Actes*, de 1904, pág. 135 e 212.

(5) *Actes*, de 1893, pág. 120.

(6) *Principes*, pág. 350.

(1) Dreyfus, *L'acte juridique en droit privé international*, pág. 146 e 451.

acabamos de ver, pelas leis relativas ao estado e capacidade das pessoas, às relações de família, às sucessões e às doações.

Emquanto o indivíduo se considera em si mesmo, nenhuma dificuldade pode aparecer para fixar o seu estado ou medir a sua capacidade. O estado fixa-se e a capacidade mede-se segundo a sua lei nacional. Assim, o indivíduo será maior quando atingir a idade em que, segundo a lei nacional, começa a maioridade e, enquanto menor, será incapaz no grau indicado pela mesma lei nacional.

Também não ha dificuldade quando dois ou mais indivíduos nos aparecem associados na mesma relação jurídica, mas têm a mesma nacionalidade. E' a relação jurídica regulada pela lei nacional comum. Assim: se pai e filho são nacionais do mesmo país, o pátrio poder é regulado pela lei nacional comum; se tutor e pupilo têm a mesma nacionalidade, a tutela é regulada pela lei nacional comum; se marido e mulher pertencem ao mesmo país, os seus direitos e deveres pessoais são regulados pela lei do seu país comum; etc.

Se, porém, para determinar o estado do indivíduo ou para medir a sua capacidade, é preciso ter em conta o estado de outro indivíduo ou tomar em consideração a situação em que uma pessoa se encontra relativamente a outra pessoa, se as duas pessoas têm diferente nacionalidade, e se são também diferentes as respectivas leis nacionais, começa a haver dificuldade na determinação da lei pessoal competente. Assim, um filho natural, nacional de um país que admite a perfilhação judicial, pretende pedir o reconhecimento judicial contra o pretenso pai, que é nacional de um Estado onde não é reconhecida semelhante forma de perfilhação; marido e mulher são de diferente nacionalidade, tendo a mulher plena capacidade de contratar segundo a sua lei nacional, mas não a tendo segundo a lei nacional do marido; etc. Em qualquer destes casos, já se revela um *conflicto de leis pessoais*, cuja resolução é de evidente utilidade prática.

Mas a revelação do conflito acentua-se quando consideremos associadas numa determinada relação jurídica duas ou mais pessoas de nacionalidade e portanto de lei nacional diferente. Se pai e filho, tutor e pupilo, são de diferente nacionalidade, qual a lei reguladora do pátrio poder e da tutela, a lei do pai e a lei do tutor, ou a lei do filho e a do pupilo, ou simultaneamente ambas as leis? Se marido e mulher pertencem a país diferente, qual a lei que regula os direitos e deveres pessoais dos cônjuges, o direito de pedir o divórcio e a separação de pessoas, e as causas que podem servir de fundamento ao divórcio ou à separação, a lei do marido, a lei da mulher, ou as duas leis conjuntamente? Se o devedor e o credor de uma pensão alimentícia são nacionais de países diferentes, qual a lei que há de regular a obrigação de prestar e o direito de pedir a pensão?

Em qualquer das situações descritas, é flagrante a existência de conflitos de leis pessoais.

Como claramente resulta dos exemplos apontados, semelhantes conflitos verificam-se sempre que, numa relação jurídica sujeita ao domínio da lei pessoal, se encontram duas pessoas de lei pessoal diferente. E os mesmos exemplos põem em relêvo a necessidade prática de procurar a solução de tais conflitos, dada a importância das relações jurídicas em que elles se manifestam.

Também as situações descritas indicam que são as relações de família o campo de eleição dos conflitos de leis pessoais.

Podem tais conflitos aparecer igualmente em matéria de contratos, como se é diferente a capacidade contratual de cada uma das partes segundo a sua respectiva lei nacional, assim como podem aparecer em matéria de sucessões, se o autor da herança e os herdeiros são de diferente nacionalidade. Aí, porém, a solução é, em regra, fácil, e os conflitos de leis pessoais que realmente exigem estudo especial são os que respeitam às relações de família.

133 -- A existência e a revelação dos conflitos de leis pessoais são tão antigas como o próprio reconhecimento da existência de leis pessoais, mas, até há pouco tempo, não se preocupavam os escritores com formular uma teoria geral de resolução desses conflitos, limitando-se a resolver, caso por caso, os conflitos que lhes iam aparecendo no estudo do regimen jurídico internacional de cada uma das relações jurídicas.

Contudo, e como sempre acontece, ao estudo fragmentário começou já a substituir-se um estudo de conjunto dos conflitos das leis pessoais, tendo sido apresentados diferentes sistemas no sentido de determinar a fórmula geral da resolução de tais conflitos.

Um dos primeiros sistemas formulou-o Vareilles-Sommières no seu livro — *La synthèse du droit international privé* (1). Para estabelecer a sua doutrina, examina o autor as duas hipóteses de o conflito se levantar ou entre uma lei estrangeira e a lei francesa, ou entre duas leis estrangeiras, e sempre perante um juiz francês.

Se o conflito aparece entre uma lei estrangeira e a lei francesa, escreve Vareilles-Sommières: «não é admissível que a nossa legislação possa condescender com as leis estrangeiras, até lhes submeter súbditos franceses. Já se lhes faz uma concessão muito larga, autorizando-as a acompanhar os seus súbditos em França; seria uma generosidade incompreensível permitir-lhes que aí tomassem posse dos nossos próprios nacio-

(1) Tom. II, pág. 153 e seg

naís. Elevada a este grau, a cortesia mudaria de nome: tornar-se-ia uma indignidade» (1).

Se o conflito aparece entre duas leis estrangeiras, eis a doutrina do autor: «A única solução não arbitrária consiste em aplicar a lei francesa, que é a lei normal para tudo que se passa no território francês. Semelhante lei convirá *tant bien que mal* à situação e tem um título incontestável para ser aplicável: *celui d'être la maîtresse du logis*» (2).

Em poucas palavras, segundo Vareilles-Sommières, os conflitos das leis pessoais devem ser resolvidos pela aplicação sistemática da *lex fori*.

Este sistema tem sido justamente rejeitado por todos os escritores que posteriormente ao seu autor analisaram a questão. Com efeito, o sistema parte de um princípio falso e chega a uma conclusão inteiramente inadmissível. O ponto de partida do sistema é o princípio de que a aplicação das leis estrangeiras se funda numa razão de *cortesia*, quando toda a elaboração doutrinária moderna do direito internacional privado funda aquela aplicação numa razão de *justiça*, e, por isso, o sistema assenta sobre um princípio contrário ao próprio fundamento do direito internacional privado, o qual, desde a obra profunda de renovação da teoria dos conflitos de leis realizada pelo grande Savigny, deixou de basear-se no princípio estatutário da cortesia internacional, para assentar no princípio fecundo da *comunidade de direito*. A conclusão a que chega o sistema é de todo o ponto inadmissível, pois conduz à negação do dever jurídico de aplicar as leis estrangeiras, o que é contrário aos fundamentos do direito internacional moderno, segundo os quais a aplicação das leis estrangeiras, quando competentes, é juridicamente obrigatória, pela razão decisiva de que essa aplicação se funda numa razão de justiça e não numa razão de cortesia internacional. De mais, não é de esquecer que o sistema de Vareilles-Sommières, em vez de resolver o conflito, procura evitá-lo, pois, em vez de verificar qual é a lei cuja aplicação conduz a uma solução mais justa, sacrifica sempre a lei estrangeira à *lex fori*, mesmo na hipótese em que a *lex fori* não está envolvida no conflito.

Incomparavelmente superior é o sistema proposto por Antoine Pillet, cujas linhas gerais são as seguintes:

1.º Os interesses das partes são nitidamente distintos, se não inteiramente independentes, de modo que se pode aplicar a cada uma delas a sua lei nacional, sem de modo algum prejudicar o direito da outra? Então, o conflito é meramente aparente e resolve-se aplicando a cada uma a sua lei pessoal, o que deve

fazer-se, por exemplo, quando duas ou mais pessoas, de diferente nacionalidade, fazem um contrato, pois nada obsta a que a capacidade contratual de cada uma seja regulada pela sua lei nacional.

2.º Na relação jurídica que provoca o conflito destaca-se nitidamente a pessoa que a lei quer proteger? A solução ainda é simples. Aplica-se logicamente a lei nacional da pessoa que se pretende proteger. Assim, nas relações entre pais e filhos (pátrio poder) e entre tutor e pupilo (tutela), deverá aplicar-se, como lei de protecção, a lei nacional do incapaz, visto o pátrio poder e a tutela serem hoje estabelecidos em benefício dos filhos e dos pupilos, e não em benefício dos pais e dos tutores.

3.º A relação jurídica que provoca o conflito respeita a duas pessoas cujos interesses são divergentes, ambas as pessoas merecem de modo igual a protecção da lei, e a relação jurídica entra na esfera de aplicação da lei pessoal, como acontece, por exemplo, quanto à perfilhação judicial? A solução racional seria naturalmente a aplicação simultânea das duas leis, na nossa hipótese a lei nacional do pai e a lei nacional do filho; pois ambas são leis de protecção e, aplicando-as cumulativamente, applicava-se a cada um a lei competente para o proteger nas relações internacionais. Segundo o autor, esta solução é jurídica e indiscutível quando as duas leis são concordantes, como se ambas admitem a perfilhação judicial e a admitem pelas mesmas causas. Se, porém, as duas leis são contraditórias, como se uma admite e outra não admite a perfilhação judicial, então o conflito não tem, a seu ver, solução jurídica, devendo o tribunal adoptar a solução que lhe parecer mais equitativa (1).

Apesar de todo o seu interesse e de toda a sua superioridade sobre o sistema de Vareilles-Sommières, o sistema de Antoine Pillet deixa contudo sem *solução jurídica* o aspecto mais delicado, se não o único aspecto delicado, do conflito das leis pessoais, afirmando que, em tal hipótese, o tribunal apenas pode resolver em nome da *equidade*, sendo-lhe impossível decidir em face do *direito*.

Esta importante lacuna do sistema de Pillet procuraram preencher-lha os sistemas de Champcommunal e de Surville, exposto o primeiro na revista *Darras — de Lapradelle* (2), em 1909 e 1910, e formulado o segundo no jornal *Clunet*, em 1912 (3).

Segundo Champcommunal, o conflito de leis pessoais deve ser resolvido tendo em vista o *fim da lei* ao formular as disposições que dão lugar ao conflito. Assim, trata-se da capacidade da mulher casada? Deve verificar-se se o legislador se

(1) *Principes*, n.ºs 131 e seg.

(2) 1909, pág. 556 e seg., e 1910, pág. 57 e seg. e 712 e seg.

(3) Pág. 5 e seg.

(1) Ob. cit., pág. 154.

(2) Ob. cit., pág. 157.

preocupou com a protecção da mulher, com os interesses da família ou com os interesses do marido, e aplicar a lei da mulher ou a lei do marido, segundo a análise do fim da lei indicar que foi num ou noutro sentido a manifestação da vontade do legislador.

Mas qual o legislador a cuja vontade hade atender o juiz, para fazer aquela análise e formular a sua decisão? É a vontade do legislador a que o tribunal está sujeito. O juiz tem, pois, que analisar o fim da *lex fori* sobre o assunto de que se tratar e aplicar depois aquela lei cuja competência resulte da análise da mesma *lex fori*. Assim, marido e mulher são estrangeiros e de diferente nacionalidade, e portanto de lei pessoal diferente, e o legislador local, ao regular a capacidade da mulher casada, teve em vista os interesses superiores da família representados pelo marido? O tribunal aplicará a lei do marido, como sendo a lei que corresponde ao fim que a *lex fori* teve em vista ao regular a capacidade da mulher casada.

Aplicando o seu critério à resolução dos conflitos de leis pessoais mais importantes, formula Champcommunal as seguintes conclusões: a) os *direitos e deveres dos cônjuges* são regulados pela lei pessoal do marido ao tempo do casamento; b) a mesma lei regula as *causas do divórcio e da separação de pessoas*; c) as relações de *paternidade e de filiação legítima* dependem da lei pessoal do pai ao tempo do nascimento ou, se o filho for póstumo, ao tempo da concepção; d) a *perfiliação*, voluntária ou judicial, é regulada pela lei pessoal do pai, quanto à relação de paternidade, e pela lei pessoal da mãe, quanto à relação de maternidade; e) a *legitimação* por subsequente matrimónio é regulada pela lei pessoal do pai ao tempo do casamento, e a *legitimação por decisão da autoridade* é regulada pela lei pessoal do pai ao tempo da legitimação; f) a *adopção* é regulada pela lei pessoal do adoptante, menos pelo que respeita às relações entre o adoptado e sua família, que continuam a ser reguladas pela sua lei pessoal; g) o *poder paternal* é regulado pela lei pessoal do filho; h) a *tutela* é regida pela lei pessoal do pupilo, excepto pelo que respeita às causas de escusa, que dependem da lei pessoal do tutor; i) a *emancipação* é regulada pela lei pessoal do menor; j) a *interdição* é regulada pela lei pessoal do incapaz; k) a *obrigação alimentícia* e os deveres do parentesco em geral são regulados pela lei pessoal do devedor.

Surville expõe o seu sistema nestes termos: «Quando duas pessoas estão sujeitas a leis diferentes e uma relação jurídica entre elas estabelecida deve ser regida pela lei pessoal e não há razão *a priori* para preferir uma das duas leis, deve o juiz, para resolver a dificuldade, analisar a relação jurídica submetida à sua apreciação. É a *natureza própria e essencial desta relação* que deve indicar a lei a escolher... E o juiz

deve ter em vista o carácter atribuído à relação jurídica pela *lex fori*» (1).

Aplicando a sua doutrina aos mais importantes conflitos de leis pessoais, defende as seguintes soluções: a) os *direitos e deveres mútuos dos cônjuges* são regulados pela lei pessoal do marido; b) a *capacidade da mulher casada* é regulada pela sua lei pessoal; c) a *capacidade dos cônjuges* para entre si celebrarem actos jurídicos é regulada respectivamente pela sua lei pessoal; d) o *direito de pedir o divórcio ou a separação de pessoas* e as suas causas são regulados pela lei pessoal dos cônjuges ao tempo do casamento e, se nesse momento os cônjuges tiverem diferente nacionalidade, devem aplicar-se cumulativamente a lei pessoal do marido e a lei pessoal da mulher; e) a *filiação legítima* é regulada pela lei pessoal do marido; f) a *filiação natural* é regulada pela lei pessoal do pai ou da mãe, segundo se trata da relação de paternidade ou da de maternidade; g) a *legitimação por subsequente matrimónio* é regulada pela lei pessoal do pai; h) a *legitimação por decisão da autoridade* é regulada cumulativamente pela lei do pai e pela lei do filho; i) a *filiação adoptiva* é regulada, quanto à capacidade para adoptar e ser adoptado, pela lei pessoal respectiva e, quanto às condições e efeitos da adopção, pela lei pessoal do adoptante; j) o *poder paternal* é regulado pela lei pessoal do filho; k) a *tutela* é regulada pela lei pessoal do menor, excepto pelo que respeita às causas de escusa do tutor, que são regidas pela sua lei nacional; l) a *obrigação alimentícia* é regulada cumulativamente pela lei pessoal do credor e pela lei pessoal do devedor dos alimentos (2).

134—São ainda raras as leis internas e raras são os tratados que resolvam conflitos de leis pessoais, não existindo diploma nenhum que estabeleça um princípio geral a seu respeito e havendo apenas dois, do nosso conhecimento, que contém já um sistema de regras acerca da sua resolução, que são a lei suíça e a lei japonesa. Indicaremos, porém, o que existe, para colhermos mais um elemento de apreciação do problema (3).

a) *Direito de contrair casamento*. É um dos conflitos mais estudados e mais vezes resolvidos no direito positivo.

(1) *Clunet* cit., pág. 12 e 13.

(2) Como esclarecimento da doutrina exposta no texto, devemos dizer que Pillet, Champcommunal e Surville consideram lei pessoal a lei nacional.

(3) Para a justa compreensão das referências de direito comparado que vamos fazer, lembraremos: que o direito alemão, congolês, japonês e português, a lei húngara sobre o casamento e as convenções da Haia consideram lei pessoal a lei nacional; que o direito argentino considera lei pessoal a lei do domicílio; e que o direito suíço considera lei pessoal a lei nacional quanto à capacidade matrimonial, à filiação legítima ou ilegítima e ao divórcio ou separação de estrangeiros na suíça, e a lei do domicílio quanto ao regime de bens, ao poder paternal e à tutela.

Aparecem dois sistemas: 1.º) o sistema da competência da lei pessoal de cada um dos futuros cônjuges no sentido de que o direito de contrair casamento é regulado quanto a cada um dos cônjuges pela sua lei pessoal (Lei alemã, art. 15.º; lei jap. art. 13.º; reg. cons. português, art. 143.º; convenção da Haia de 12 de junho de 1902, art. 1.º); 2.º) e o da competência da lei pessoal de cada um dos futuros cônjuges para regular a *idade* e a *capacidade geral*, e competência da lei de ambos para regular, quanto a cada um, as outras condições de validade intrínseca do casamento (Lei húngara XXXI de 1894, art. 108.º) (1).

b) *Relações pessoais dos cônjuges*. É também um dos conflitos mais estudados e mais vezes resolvidos no direito positivo. Encontramos aí três sistemas: 1.º) competência da lei pessoal do marido ao tempo do casamento (Lei congoleza de 20 de fevereiro de 1891, art. 12.º); 2.º) competência da lei pessoal actual do marido (Lei jap., art. 14.º); 3.º) competência da última lei nacional comum (Convenção da Haia de 17 de julho de 1905, art. 9.º).

c) *Direito de pedir o divórcio ou a separação e causas que lhes servem de fundamento*. Também o direito positivo oferece três sistemas: 1.º) competência da lei pessoal do marido ao tempo da propositura da acção, se a causa invocada também era fundamento de divórcio ou de separação segundo a lei pessoal do marido ao tempo em que essa causa se produziu (Lei alemã, art. 17.º); 2.º) competência da lei pessoal do marido ao tempo em que se produziu a causa invocada como fundamento (Lei japonesa, art. 16.º); 3.º) competência da última lei pessoal comum (Conv. da Haia de 12 de junho de 1902, art. 8.º)

d) *Filiação legítima*. Encontramos apenas um sistema — o da competência da lei pessoal do pai (Lei congoleza cit. art. 12.º, alínea 3.ª; Lei federal suíça, de 25 de junho de 1891 art. 8.º; Lei alemã, art. 18.º; Lei japonesa, art. 17.º).

e) *Legitimação*. Dois sistemas: a) competência da lei pessoal do pai ao tempo da legitimação (Cód. civil argentino art. 312.º a 315.º; Lei federal suíça, art. 8.º; Lei alemã, art. 22.º) b) competência cumulativa da lei pessoal do pai ou da mãe e da lei pessoal do filho, quanto às suas condições de validade, e competência da lei pessoal do pai, quanto aos efeitos da legitimação (Lei japonesa, art. 18.º).

f) *Perfiliação*. Apenas a lei suíça regula o assunto dando competência à lei nacional do pai (Lei cit., art. 8.º).

g) *Adopção*. Dois sistemas: a) competência da lei pessoal do adoptante (Lei alemã, art. 22.º); b) competência cumulativa da lei pessoal do adoptante e da lei pessoal do

(1) Importa notar que segundo a lei húngara, no casamento de um húngaro com uma estrangeira, ou de um estrangeiro com uma húngara, apartir a idade e a capacidade geral, as condições de validade intrínseca do casamento são reguladas pela lei nacional do marido (art. 109.º e 110.º).

adoptado, quanto às condições de validade, e competência da lei nacional do adoptante, quanto aos efeitos e dissolução da adopção (Lei japonesa, art. 19.º).

h) *Relações entre pais e filhos legítimos ou ilegítimos. Poder paternal*. Um só sistema tem consagrado o direito positivo — o sistema da competência da lei pessoal do pai e, na sua falta, da mãe, a respeito dos filhos legítimos, e a competência da lei pessoal do pai ou da mãe, a respeito dos filhos ilegítimos (Lei suíça, art. 8.º; Lei alemã, art. 20.º e 21.º; Lei japonesa, art. 20.º).

i) *Tutela e curatela*. Tanto as leis internas como os tratados têm seguido fundamentalmente o sistema da competência da lei pessoal do tutelado ou curatelado (Lei suíça, art. 16.º; Lei alemã, art. 23.º; Lei japonesa, art. 23.º e 24.º; Convenções da Haia de 12 de junho de 1902, art. 1.º, e de 17 de julho de 1905, art. 1.º).

j) *Dívida alimentícia*. Regularam o assunto a Lei suíça (art. 9.º) e a Lei japonesa (art. 21.º), e ambas se decidiram pela competência da lei pessoal do devedor dos alimentos (1).

135—Nas leis portuguesas não há senão três preceitos de que se pode lançar mão para resolver o delicado problema dos conflitos das leis pessoais. São: a) o preceito dos artigos 24.º e 27.º do Código civil e do artigo 12.º do Código comercial, que mandam regular o estado e capacidade das pessoas pela lei nacional; b) o preceito do artigo 143.º do regulamento consular de 7 de março de 1920, que manda regular o direito de contrair casamento pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges; c) o preceito do artigo 1107.º do Código civil, que, na ausência de contrato antenupcial, manda regular o regime dos bens dos cônjuges pela lei nacional do marido.

É muito pouco para o número e dificuldade dos conflitos de leis pessoais. A doutrina e a jurisprudência têm, por isso, de suprir as deficiências da lei. Pela nossa parte, procuraremos concorrer com alguns dados para esse resultado, já formulando os

(1) O projecto polaco contém um sistema bastante completo de regras de resolução dos conflitos das leis pessoais. Assim: 1.º) o direito de contrair casamento é regulado, quanto a cada uma das partes, pela sua lei nacional (art. 12.º); 2.º) as relações pessoais e patrimoniais dos cônjuges, bem como o seu divórcio e separação, são regulados pela sua última lei nacional comum (art. 14.º e 17.º); 3.º) a filiação legítima é regulada pela lei nacional do marido ao tempo do nascimento do filho ou, se este for póstumo, ao tempo da morte (art. 18.º); 4.º) as relações entre os pais e os filhos legítimos são reguladas pela sua última lei nacional comum (art. 19.º); 5.º) as relações entre os pais e uma filha casada são reguladas pela lei nacional do marido (art. 20.º, alínea 4.ª); 6.º) as relações entre o pai e o filho natural e a mãe são reguladas pela sua última lei nacional comum (art. 20.º); 7.º) a filiação paterna ilegítima é regulada pela lei nacional do filho (art. 21.º); 8.º) a legitimação é regulada pela lei nacional do pai (art. 22.º); 9.º) a adopção é regulada pela lei nacional do adoptante (art. 23.º).

critérios gerais que, em nosso entender, devem presidir à solução de qualquer conflito de leis pessoais, já esboçando a solução particular dos mais importantes desses conflitos.

136 — A tentativa de formular um princípio geral para resolver todos os conflitos de leis pessoais pode dizer-se que, até hoje, falhou por completo.

O sistema de Vareilles-Sommières, proclamando a *competência absoluta da lex fori*, estrangulava os conflitos, em vez de os resolver, era a completa negação do próprio direito internacional privado, e por isso foi justamente abandonado.

O sistema de Antoine Pillet, baseando-se exclusivamente no *interesse* das pessoas envolvidas no conflito, deixa sem solução jurídica os conflitos mais graves, isto é, aqueles em que os interesses em jogo entram por título igual no domínio das leis pessoais como leis de protecção individual.

Os sistemas de Champcommunal e de Surville limitam-se a indicar *critérios de orientação*, apelando um para o *fim da lei* e invocando outro a *natureza da relação jurídica*, isto é, indo o primeiro buscar o critério geral com que Pillet procurou formular o seu sistema de resolução dos conflitos de leis, e aceitando o segundo o critério para o mesmo efeito formulado por Savigny, critérios que, segundo mostrámos, se identificam fundamentalmente e que, por isso mesmo que são de ordem geral, não podem ser suficientes para, só de per si, indicarem soluções irrecusáveis de uma ordem especial de conflitos. E a prova é que, sendo os dois critérios fundamentalmente idênticos, Champcommunal e Surville, se por vezes se encontraram nas soluções, outras vezes divergiram, o que mostra a insuficiência dos seus princípios de orientação.

Que fazer, pois? Desistir de formular princípios gerais de orientação na resolução dos conflitos das leis pessoais e procurar resolver cada conflito em especial, segundo a doutrina que parecer mais justa, ou tentar a determinação de alguns princípios que dominem, ao menos, uma ou outra classe de conflitos? Cremos que é este segundo o caminho que deve adoptar-se.

Por um lado, cremos, com Dreyfus, que em vão se procurará um princípio geral, resumido numa fórmula simples, que possa dar a solução de todos os conflitos das leis pessoais. «Toda a fórmula abstrata, escreve aquele autor, representaria aqui um completo desconhecimento do dever que se impõe ao juriconsulto internacionalista de ter em consideração o meio social a que se liga cada facto jurídico, e de não pretender dar ao direito uma unidade e uma simplicidade que não existem na natureza das coisas» (1).

Por outro lado, parece-nos incontestável que os conflitos de leis pessoais se agrupam em classes, pela afinidade das causas que os determinam e dos elementos da sua constituição, e por isso, renunciando à investigação de *um só princípio* que os resolva a todos, julgamos possível formular *princípios* que dominem cada um dos grupos.

Não pode haver dúvida de que, tanto na resolução dos conflitos de leis pessoais como na resolução de quaisquer outros conflitos de leis, se deve ter em vista a natureza da relação jurídica e o fim social da lei. É o molde geral que informa a resolução de todos os conflitos de leis privadas e que, por isso mesmo, deve informar a resolução dos conflitos das leis pessoais. E, até este ponto, são rigorosos os critérios de Champcommunal e Surville.

Sendo assim, o primeiro ponto a examinar está evidentemente em analisar a natureza das relações jurídicas que provocam os conflitos das leis pessoais e o fim que o legislador se propôs ao regular essas relações.

Como já acima dissemos, os conflitos de leis pessoais têm o seu campo de eleição no direito de família. Formam, porém, dois grupos muito característicos: I — conflitos respeitantes à constituição ou modificação de um *estado de família*, como são os relativos à capacidade matrimonial, ao direito de pedir o divórcio e às suas causas, à filiação legítima, à legitimação, à perfilhação e à adopção; II — conflitos respeitantes à determinação dos *poderes legais* resultantes de um determinado estado, como são os relativos aos direitos e deveres mútuos dos cônjuges nas suas relações pessoais, aos direitos e deveres entre pais e filhos e entre tutores e pupilos, e à dívida alimentícia.

I — Ao resolver a primeira ordem de conflitos de leis pessoais, isto é, os relativos à constituição ou modificação de um estado de família, oscilam a doutrina e o direito positivo entre a *aplicação cumulativa* da lei pessoal de cada uma das pessoas cujo estado se pretende constituir ou modificar, e a *aplicação exclusiva* da lei de uma das partes, para não falar do sistema adoptado pela convenção da Haia relativa ao divórcio (Convenção de 12 de junho de 1902, art. 8.º), que mandou aplicar a última lei nacional comum, sistema que é mais um expediente prático para evitar fraudes, do que um sistema rigorosamente jurídico, pois, tratando-se de um facto ou relação jurídica que entra no domínio da lei pessoal, deve ter-se em vista, não a lei pessoal que foi, mas a lei pessoal que o é actualmente.

O sistema da competência cumulativa é o que nos parece teoricamente mais exacto e, sob o ponto de vista positivo, aquele que mais se harmoniza com o preceito da nossa lei.

É princípio geralmente aceito que o estado das pessoas deve ser regulado pela lei do seu país.

Assente tal princípio, importa distinguir entre *estado abso-*

(1) Ob. cit., pág. 247.

luto, isto é, aquele que resulta pura e simplesmente de uma circunstância pessoal do interessado, como o estado de maior e o estado de menor, e *estado relativo*, isto é, aquele que resulta da coordenação de qualidades pessoais de dois indivíduos, como o *estado de cônjuge*, que supõe a relação das duas pessoas marido e mulher, e o *estado de filho*, que supõe também a relação entre duas pessoas, uma com a qualidade de pai e outra com a qualidade de filho.

O *estado absoluto* é regulado normalmente pela lei nacional do interessado, sendo este maior ou menor, por exemplo, segundo o disposto nesta lei.

Mas o *estado relativo*? Poderá ser regulado exclusivamente pela lei de uma das partes?

Suponhamos, por exemplo, que se trata da perfilhação, que a lei do pretenso pai a não admite absolutamente ou num determinado caso em que a admite a lei do pretenso filho, e que se dava competência à lei nacional do filho para resolver o conflito. O resultado seria atribuir a um indivíduo o *estado de pai* num caso em que a sua lei pessoal, que é a lei reguladora do seu estado, lhe não impõe semelhante qualidade. Teríamos, em suma, que o estado de uma pessoa seria regulado pela lei pessoal de outra pessoa, o que, dentro do princípio de que o estado das pessoas é regulado pela sua lei pessoal, é evidentemente absurdo.

O mesmo se verifica, por exemplo, acêrca da constituição ou modificação do *estado de cônjuge*. É bem de ver que, se, para a mulher adquirir o estado de cônjuge, se fosse atender a se ela tinha, não as qualidades para isso exigidas pela sua lei pessoal, mas as exigidas pela lei pessoal do futuro marido, se regeria o seu estado pela lei de estado de outra pessoa, o que estava inteiramente fora da regra acêrca da lei normalmente competente para regular o estado das pessoas. É tal incoerência têm procurado quasi sempre evitá-la tanto a doutrina como o direito positivo, seguindo-se, em geral, o princípio de que o direito de contrair casamento é regulado pela lei pessoal de cada um dos futuros cônjuges. Pois uma incoerência semelhante comete a doutrina e o direito positivo quando, procurando resolver o conflito de leis pessoais, na hipótese de os cônjuges terem diferente nacionalidade e de a lei nacional de um admitir o divórcio e a outra não o admitir, se decidem pela competência exclusiva da lei pessoal do marido.

Estes absurdos e incoerências resultam de se pretender reger o estado de uma pessoa por uma lei que não é a sua lei pessoal. Evitam-se, porém, tais absurdos e incoerências adoptando o sistema da competência cumulativa das duas leis pessoais em concorrência para reger a constituição e modificação de um estado relativo. Com semelhante sistema, nunca se atribui às pessoas senão o estado que, segundo a sua lei pessoal, elas podem ter. É assim deve ser, em verdade, pois, proceder

de outro modo, equivaleria a pôr de lado a regra universalmente seguida de que o estado das pessoas é regido pela lei do seu país.

A doutrina que nos parece exacta é pois esta: sempre que se trate de constituir ou modificar um estado relativo, isto é, um estado que atribui determinada qualidade a duas pessoas de lei pessoal diferente, devem applicar-se *cumulativamente* as duas leis, e apenas considerar possível a constituição ou modificação dêsse estado quando o permitam ambas as leis, reconhecendo cada uma delas o *poder* de constituir ou modificar o mesmo estado. Perante este sistema, que podemos chamar *sistema de concordância*, uma pessoa somente poderá adquirir um estado quando a sua lei pessoal o permita e somente poderá impor certo estado a outra pessoa, quando a lei desta igualmente o permita. Assim: um individuo apenas poderá adquirir o *estado de casado* quando se encontre nas condições de que a sua lei nacional torna dependente o direito de contrair casamento, e quando a pessoa com quem pretende contrair casamento satisfaça às condições exigidas pela lei do seu país; um filho natural apenas poderá adquirir o *estado de filho perflhado* quando a sua lei nacional e a lei nacional do pretenso pai permitam a perfilhação e a permitam nas condições especiais em que o filho se encontra; qualquer dos cônjuges só poderá pedir o divórcio quando este seja permitido pela lei pessoal de cada um deles e o pedido se funde numa causa reconhecida por ambas as leis. Em suma, as duas leis devem coordenar-se de modo que uma pessoa nunca possa *pretender* um estado que a sua lei pessoal não admita ou *impor* a outra pessoa um estado que a lei pessoal dessa pessoa não reconheça, quer em geral, quer no caso especial de que se tratar.

É o sistema de concordância, como acabamos de o descrever, não só se nos afigura como o teóricamente mais exacto, mas também o que melhor se harmoniza com os artigos 24.º e 27.º do Código civil, emquanto o primeiro manda regular o estado dos portugueses pela lei portuguesa, e o segundo manda regular o estado dos estrangeiros pela lei do seu país. Perante estes artigos, é certamente evidente que não pode ser atribuído a um português um estado não reconhecido pela lei portuguesa e que a um estrangeiro não pode ser atribuído um estado não seja reconhecido pela lei do seu país. Mas, se é assim, quando se trate da constituição ou modificação de um estado relativo entre um português e um estrangeiro, semelhante estado só poderá evidentemente constituir-se ou modificar-se se assim o permitirem simultaneamente a lei portuguesa e a respectiva lei estrangeira. É o lógico alcance daqueles preceitos.

A mesma doutrina resulta do artigo 143.º do regulamento consular, o qual, mandando reger o direito de contrair casamento, que é o direito de constituir o *estado de cônjuge*, pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, indica que, para

a constituição de um estado relativo, se deve atender simultaneamente às leis das pessoas entre as quais se pretende estabelecer este estado.

Ao estudar o regime jurídico internacional das relações de família, procuraremos concretizar com a devida precisão o princípio da concordância agora formulado. Teremos então mais elementos de estudo, principalmente de direito comparado, o que facilitará a aplicação do princípio a cada um dos conflitos de leis pessoais relativos à constituição ou modificação de um estado relativo (1).

137—II— Quando se procura determinar a lei reguladora dos direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais, dos direitos e deveres entre pais e filhos, dos direitos e deveres entre tutores e pupilos, e do direito e dever de prestar alimentos por virtude de um laço de parentesco, trata-se de fixar a lei competente para definir *poderes legais* que derivam imediatamente de um determinado estado (de cônjuge, de filho ou de parente) ou provêm da organização de uma instituição de protecção exigida por um estado de incapacidade (menoridade e interdição por demência, surdez-mudez ou prodigalidade). Como fixar, pois, essa lei?

No grupo de conflitos de leis pessoais relativos a direitos e deveres que resultam de certo estado, há uma classe de conflitos sobre cuja resolução ninguém hesita. São os relativos à tutela e à curatela. Entre a lei do menor ou interdito e a lei do tutor ou curador, a doutrina e o direito positivo decidem-se com segurança pela lei pessoal do tutelado ou do curatelado (1). A razão geralmente apresentada é que a tutela exerce uma *função de protecção* do incapaz e por isso entra naturalmente na esfera de acção da sua lei pessoal, que é, para elle, a sua lei de protecção. Em nosso entender, ainda outra razão de valor, porém, se pode invocar. É que a tutela e a curatela existem por virtude de *um estado* do tutelado ou do curatelado e, por isso, deve logicamente ser regulada pela sua lei pessoal, que é a lei reguladora do estado das pessoas.

Quanto aos demais conflitos, já hesitam a doutrina e as legislações. Formam quatro categorias fundamentais esses conflitos de leis pessoais: 1.º conflitos relativos aos direitos e deveres pessoais dos cônjuges; 2.º conflitos relativos à capacidade da mulher casada; 3.º conflitos relativos às relações entre pais e filhos; 4.º conflitos relativos à dívida alimentícia.

(1) Para conhecimento do estado da doutrina sobre o assunto pode ver-se: Champcommunal, *Revue Darras—de Lapradelle*, 1910, pág. 57 e seg. e 713 e seg.; Surville, *Clunet*, 1912, pág. 15 e seg. e 593 e seg.; Dreyfus, *ob. cit.*, pág. 247 e seg.

(1) Vide: Champcommunal, *Revue cit.*, 1910, pág. 720; Surville, *Clunet*, 1912, pág. 408.

1.º *Direitos e deveres pessoais dos cônjuges.* Entre três sistemas se pode hesitar:—competência da lei pessoal do marido; competência cumulativa da lei do marido e da lei da mulher (sistema de concordância); competência da última lei pessoal comum.

Este último sistema, além de não dar solução para o caso de os cônjuges nunca terem tido uma lei pessoal comum, é, como já notámos, juridicamente pouco rigoroso, pela razão de que vai buscar uma lei que já não é a lei pessoal de um ou até de nenhum dos cônjuges.

O sistema da concordância afigura-se, à primeira vista, o sistema mais lógico, por isso, que tratando-se de direitos e deveres que resultam de um estado relativo, o estado de cônjuge, parece que cada um dos cônjuges só poderia ter em relação ao outro os direitos e os deveres que, existindo segundo a sua lei pessoal, existissem também segundo a lei pessoal do outro cônjuge. É tal é a doutrina de Anzilotti (1).

Assim deveria ser imprimeiramente, se a sociedade familiar se baseasse na *inteira igualdade* dos cônjuges. Em tal caso, de nenhum dos cônjuges dependia exclusivamente a direcção e unidade da família e, por isso, nenhum deles podia arrogar-se poderes ou aceitar deveres que não fossem simultaneamente reconhecidos pela sua própria lei pessoal e pela lei pessoal do outro cônjuge.

Se, porém, a organização da família se fundar num princípio de *unidade de direcção*, ou porque se adopte o sistema da *obediência da mulher ao marido*, que é ainda o sistema da lei francesa (Cód. civil, art. 213.º), ou porque se atribua ao marido a *função de coordenação dos interesses da família*, a solução deve ser outra. Das duas pessoas associadas na sociedade conjugal, sobressai uma, e, por isso, deverá entender-se que é a sua lei pessoal a que deve preponderar na determinação dos direitos e deveres dos cônjuges cuja resultante constitui a unidade funcional da família. Em tal concepção, a lei como que identifica o *estado da família* com o estado do marido, e por isso a lei de estado do marido é logicamente a lei de estado da família.

Ora, a verdade é que, no estado actual da evolução jurídica, ainda as legislações mais *feministas*, como o código civil suíço (art. 159.º e seg.), atribuem ao marido a função de direcção da unidade jurídica da família, o que nos autoriza a concluir que o sistema de competência legislativa internacional, para a determinação da lei competente para determinar os direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais, é o sistema da competência da lei pessoal do marido.

É também esse o sistema que melhor se harmoniza com

(1) *Corso di lezioni*, pág. 250.

o nosso direito positivo. Isto por duas razões: α) a orientação do legislador quanto à constituição da sociedade familiar; β) a analogia de lei inferida do preceito relativo à lei reguladora das relações patrimoniais dos cônjuges.

α) O artigo 39.º do decreto n.º 1 de 25 de dezembro de 1910, declarando que a sociedade conjugal se funda na liberdade e na *igualdade*, e o artigo 6.º do mesmo decreto, dispondo que, no caso de divergência entre marido e mulher no que respeita à concessão de licença aos filhos menores para contraírem casamento, a decisão pertence ao juiz e não a qualquer dos cônjuges, parecem indicar que o sistema do nosso direito, positivo é efectivamente o sistema de igualdade jurídica entre marido e mulher e que, por isso, o sistema de competência legislativa a adoptar é o sistema da aplicação cumulativa da lei do marido e da lei da mulher, quando os cônjuges tenham diferente nacionalidade. Contudo, ainda hoje julgamos certo que é o marido quem, pelo nosso direito, dá unidade e preside à direcção da família, pois: 1.º) a mulher adquire pelo casamento a nacionalidade do marido; (Cód. civil, art. 18.º, n.º 6.º, e art. 22.º, n.º 4.º); 2.º) os filhos legítimos seguem a nacionalidade do pai (Cód. cit. 18.º, n.ºs 1.º e 3.º); 3.º) a mulher deve, em regra, adoptar a residência do marido e tem por domicílio o do marido (Cód. cit., art. 41.º e 49.º; Dec. 25 de dezembro de 1910, art. 40.º); 4.º) a administração dos bens do casal pertence ao marido, seja qual for o regime de bens do casamento (Cód. cit., art. 1104.º e 1189.º); 5.º) o marido pode livremente alienar bens mobiliários e contrair obrigações, sem autorização da mulher, ao passo que esta não pode, nem adquirir ou alienar bens, nem contrair obrigações, sem autorização do marido (Cód. cit., art. 1191.º e 1193.º); 6.º) pertence ao pai dirigir, representar e defender os filhos menores tanto em juízo como fora dele (Cód. cit., art. 138.º); 7.º) o marido confere à mulher as suas honras e o seu nome (Dec. cit., art. 42.º). Mas, se ao marido ainda pertence dar unidade e direcção à família, à lei do marido deve pertencer logicamente a determinação dos direitos e deveres recíprocos dos cônjuges nas suas relações pessoais, pois esses direitos e deveres são condição do regular funcionamento da associação conjugal.

β) Ao fixar a lei reguladora do regime de bens dos cônjuges, determina o artigo 1107.º do Código civil que, na falta de contrato, se entenderá que os cônjuges casaram segundo o regime legal estabelecido pela lei nacional do marido. Este preceito mostra que, na determinação da lei reguladora das relações entre marido e mulher resultantes do casamento, o legislador português deu preferência à lei pessoal do marido no que respeita às leis supletivas referentes aos direitos patrimoniais dos cônjuges. Sendo assim, torna-se certamente legítimo o argumento por analogia, para afirmar que deve ser igualmente competente a lei nacional do marido para regular as relações

pessoais dos cônjuges. A preferência do legislador parece estar claramente indicada ⁽¹⁾.

2.º) *Capacidade da mulher casada*. Três sistemas se debatem sobre a solução a dar ao problema: o sistema da competência da lei pessoal da mulher; o sistema da competência cumulativa da lei pessoal da mulher e da lei pessoal do marido; e o sistema da competência da lei pessoal do marido. Qual o sistema teoricamente mais exato e legalmente mais conforme ao nosso direito positivo?

À primeira vista, poderia parecer que era o sistema da competência da lei pessoal da mulher, pela razão simples de que, tanto teórica como legalmente, a lei pessoal de cada um é a lei normalmente competente para regular a sua capacidade.

Contudo, se bem atendermos à razão de ser da incapacidade da mulher casada, facilmente nos convencemos de que deve ser outra a solução.

Em verdade, aquela incapacidade não se funda, nem sobre qualquer pretendida inferioridade da mulher, já que a mulher solteira tem, e a mulher viúva recupera, a capacidade que perde a mulher casada, nem sobre a necessidade de proteger a mulher contra o marido, pois a autorização deste supre a mesma incapacidade (Cód. civil, art. 1193.º). Mas, se a incapacidade se não funda numa razão de defeza pessoal da mulher casada, não pertence certamente à sua lei pessoal a competência para a regular.

Também a incapacidade da mulher casada se não pode explicar por um fim de protecção do interesse individual do marido, pois que a autorização do marido pode ser suprida judicialmente (art. 1193.º, § único), e o próprio marido é incapaz da prática de certos actos sem outorga da mulher (art. 1191.º). Logo, também a lei do marido não poderá ser considerada competente somente porque é lei pessoal do marido.

Qual seria, pois, o verdadeiro fim da lei, ao estabelecer a incapacidade da mulher casada? Parece-nos evidente que foi a protecção da família, pela razão simples de o marido e a mulher, sendo capazes antes do casamento, logo que constituem família ficam relativamente incapazes para, isoladamente, praticarem determinados actos jurídicos, o que é um claro sinal de que o legislador entendeu que o interesse da família exige a sua cooperação para a prática dos mesmos actos. Sendo assim, vem naturalmente o corolário de que a lei reguladora da capacidade da mulher casada deve ser a mesma lei que de modo

(1) A doutrina sustentada no texto, que foi adoptada pelo Instituto de direito internacional na sessão de Lausanne de 1888, quanto às relações pessoais dos cônjuges (*Annuaire*, x, pág. 75), foi também a consagrada pela convenção da Haia de 17 de julho de 1905 a respeito tanto das relações pessoais como das relações patrimoniais, e é a doutrina geralmente seguida. (Vide: Champcommunal, *Revue* cit., pág. 58; Surville, *Clunet* cit., pág. 14).

geral rege a associação conjugal, a qual deve ser, no estado actual da evolução jurídica, a lei pessoal do marido, ao qual ainda cabe a função de direcção e coordenação da sociedade familiar.

As razões que revelam a legitimidade da competência da lei nacional do marido prejudicam o sistema da competência cumulativa dessa lei e da lei nacional da mulher.

A mesma solução nos parece dever dar-se ao problema da competência da lei reguladora da capacidade para a prática de actos jurídicos entre os cônjuges, como vendas ou doações. A limitação de capacidade a seu respeito tem por fundamento a dignidade do casamento e, por isso, depende naturalmente da lei sob cuja protecção está de um modo geral a sociedade conjugal, que é a lei pessoal do marido ⁽¹⁾.

3.º) *Relações entre pais e filhos.* Os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos e dos filhos em relação aos pais podem ter um de dois fundamentos: ou se baseiam num *estado especial do filho*, como acontece com o *poder paternal*, que se coordena com a menoridade do filho; ou assentam pura e simplesmente na qualidade de pai e na qualidade de filho, como o direito de o pai pedir alimentos ao filho.

No primeiro caso, parece-nos que não deverá haver hesitação em aceitar a competência da lei pessoal do filho. Desde que a filiação se dê como estabelecida válidamente, deve prevalecer a lei da pessoa em quem se verifica o estado especial que dá origem aos direitos e deveres de que se trata. O poder paternal existe por virtude de um estado especial do filho — a menoridade, e por isso deve ser regulado pela lei pessoal do filho.

Se, porém, se tratar de relações jurídicas respeitantes puramente à qualidade de pai e à qualidade de filho, sem a intervenção de um estado especial do pai ou do filho que explique a preferência da lei de um deles, julgamos justa a aplicação cumulativa das duas leis pessoais, pois não nos parece lógico atribuir ao pai ou ao filho poderes ou impor-lhes deveres que as suas leis respectivas não admitam concordemente. É a lógica do princípio de que o estado das pessoas é regulado pela lei do seu país ⁽²⁾.

4.º) *Dívida alimentícia.* O direito a alimentos funda-se na relação de parentesco. O parentesco pode, porém, existir entre indivíduos de diferente nacionalidade, e daí a questão sobre qual a lei pessoal a aplicar para determinar a obrigação de prestar alimentos — se a lei do alimentante (devedor dos alimentos), se a lei do alimentado (credor), se as duas leis

cumulativamente. Todos os três sistemas têm sido sustentados, sendo mais geralmente seguido o primeiro. A lógica parece-nos estar, porém, com o último. O parentesco é um laço familiar e por isso entra no domicílio da lei pessoal como lei de estado das pessoas. A lei de estado regula naturalmente os direitos e deveres que derivam do mesmo estado e, por isso, no *estado relativo* de parentesco, cada um dos parentes só pode ter direito aos alimentos quando a sua própria lei e a lei do outro parente reconheçam o respectivo direito. De outro modo, aplicaríamos a uma pessoa a lei de estado da outra. Além de que, não é de esquecer que o direito a alimentos é *recíproco* (Cód. civil, art. 172.º) e, se se applicasse ou só a lei do devedor ou só a lei do credor dos alimentos, podia dar-se a injustiça de se obrigar a alimentos uma pessoa que não teria direito a pedi-los. Concordamos assim com o sistema proposto por Surville ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Vide: Champcommunal, *Revue cit.*, pág. 58; Surville, *Clunet cit.*, pág. 17.

⁽²⁾ Vide: Anzilotti, *ob. cit.*, pág. 274.

⁽¹⁾ Vide: Champcommunal, *Revue cit.*, pág. 725, Surville, *Clunet cit.*, pág. 410.

§ III

Leis de competência localizada

SUMMÁRIO. 138 — Conceito e caracteres. 139 — Determinação — I Leis relativas à propriedade imobiliária e à propriedade mobiliária. 140 — II Leis relativas à forma externa dos actos. 141 — III Leis relativas aos direitos de crédito resultantes de factos voluntários lícitos. 142 — IV Leis relativas à responsabilidade civil derivada de factos ilícitos. 143 — V Leis de competência e processo. 144 — VI Leis relativas ao património como garantia comum dos credores. Transição entre as leis de competência personalizada e as leis de competência localizada. 145 — Princípio de diferenciação entre as duas categorias de leis.

138—A par com a existência de leis de competência personalizada, revela, como vimos, o estudo da evolução das ideias e dos factos, em matéria de conflitos de leis, a existência de leis que se aplicam às coisas que estão situadas e aos factos que se realizam dentro do território do Estado que as promulga e que são aplicadas pelos tribunais dos outros Estados, sempre que eles tenham de resolver sobre direitos ou obrigações que digam respeito a essas coisas ou derivem desses factos. É o que se verifica, por exemplo, relativamente às leis que regem os direitos do proprietário de um imóvel ou que regem a forma dos actos jurídicos. É princípio assente na doutrina e universalmente consagrado na jurisprudência, na legislação e nos tratados, que os direitos reais de gozo sobre um imóvel são regulados pela *lex rei sitæ*, assim como é princípio geralmente aceite de que a forma externa dos actos é regulada pela lei do lugar da celebração, por aplicação da velha máxima *locus regit actum*. Estes dois princípios mostram claramente que, diversamente do que acontece com as leis pessoais, cuja competência é determinada pela nacionalidade ou pelo domicílio das pessoas, que abrangem certos actos por estas praticados, onde quer que pratiquem, e que, por isso, se podem chamar leis de *competência personalizada*, há leis cuja competência é fixada pelo lugar da situação das coisas ou pelo lugar da realização dos factos jurídicos, seja qual for a nacionalidade ou, em regra, o domicílio ⁽¹⁾ do proprietário ou do autor do facto, as quais

(1) Como diremos adiante (n.º 144), o domicílio do indivíduo pode ser meio de determinar uma lei de competência localizada, fixando-o por ele, não uma lei de protecção do domiciliado, mas uma lei de protecção dos direitos dos credores sobre o seu património.

podem denominar-se leis de *competência localizada*, por isso mesmo que se aplicam às coisas situadas e aos factos verificados num lugar do território do Estado que as promulga.

As leis de competência localizada assinalam-se por dois caracteres claramente revelados pelas fontes doutrinárias e legais das regras de conflitos, que já indicámos e que são a *competência territorial*, por isso mesmo que se aplicam e só se aplicam às coisas situadas e aos factos realizados dentro do território do Estado legislador, e o *valor exterritorial*, pela razão de que são aplicadas pelos tribunais dos outros Estados às coisas situadas ou aos factos realizados dentro do território do Estado que as promulga ⁽¹⁾.

É o que se dá com a *lex rei sitæ* como lei reguladora dos direitos reais de gozo sobre coisas imóveis, e com a lei do lugar da celebração quanto à forma externa dos actos.

Em verdade, todos estão de acordo em que os tribunais de qualquer país, quando tenham de conhecer de questões sobre direitos reais imobiliários, devem aplicar a lei do país da situação, assim como todos concordam em que, uma vez reconhecida a competência da lei do lugar da celebração para regular a forma externa dos actos, essa lei deve ser aplicada pelos tribunais de Estados diferentes do Estado da celebração.

139—Sem a preocupação de indicar todas as leis em que se verificam os caracteres da competência territorial e do valor exterritorial, vamos indicar, em face da doutrina e do direito positivo, as principais categorias de leis em que se dão esses caracteres.

1 — *Leis relativas à propriedade*. Um primeiro e importantíssimo grupo de leis de competência localizada é constituído pelas leis relativas à condição jurídica das coisas como objecto de direitos reais.

Segundo a natureza das coisas sobre que versa, a propriedade é, porém, mobiliária ou imobiliária e, por isso, para maior clareza, consideraremos separadamente cada uma destas formas de propriedade.

a) *Propriedade imobiliária*. Um dos resultados certos da elaboração doutrinária estatutária foi o princípio de que o regime dos bens imóveis deve ser regulado pela *lex rei sitæ*, isto é, o princípio de que a organização da propriedade imobiliária deve ser regida pela lei da situação dos bens.

A *lex rei sitæ*, como lei reguladora dos bens imóveis, constituía para os estatutários o *estatuto real típico*, sobre cuja competência territorial ninguém levantava dúvidas.

É a mesma doutrina tem sido unânime e seguida por todas as escolas posteriores, não existindo princípio mais seguro

(1) Supra, pág. 405

do que o respeitante à competência da lei da situação para regular a propriedade imobiliária.

A unanimidade da doutrina bem a traduzem as resoluções do Instituto de direito internacional, votadas na sessão de Madrid de 1911, sobre o regime jurídico internacional dos direitos reais, reconhecendo a competência da *lex rei sitæ* para regular tanto a propriedade imobiliária como a propriedade mobiliária ⁽¹⁾.

E, à unanimidade da doutrina, corresponde a unanimidade do direito positivo. Todas as leis internas ou tratados bilaterais ou plurilaterais que estabeleceram um preceito sobre a lei reguladora dos bens imóveis, sempre se decidiram pela *lex rei sitæ* ⁽²⁾.

Mas qual a esfera de aplicação da *lex rei sitæ*, como lei reguladora da propriedade imobiliária? A competência da *lex rei sitæ* limita-se à propriedade considerada em si mesma, e não abrange a propriedade nas suas relações, quer com as pessoas, como a capacidade para praticar actos jurídicos respeitantes a direitos reais imobiliários, quer com a forma desses actos, quer com a sua transmissão por sucessão, assuntos que devem ficar sujeitos à lei normalmente competente para regular a capacidade das pessoas, a forma dos actos, ou as sucessões ⁽³⁾.

Sendo assim, a competência da *lex rei sitæ*, restringe-se, designadamente: 1.º) à determinação dos direitos reais de gozo ou de garantia que podem ser exercidos sobre as coisas imóveis; 2.º) às condições de transmissão da propriedade entre as partes, como tudo que respeita à necessidade da tradição ou do registo predial; 3.º) e às condições em que se verifica a prescrição aquisitiva.

b) *Propriedade mobiliária.* A unanimidade que encontramos a respeito da competência da *lex rei sitæ* para reger a propriedade imobiliária, deixa de existir a respeito da proprie-

(1) *Annuaire*, xxiv, pág. 394.

(2) Códigos civis — prus., § 28.º; fr., art. 3.º, aust., art. 500.º, it., art. 7.º, arg., art. 10.º, port., arts. 24.º e 1107.º, esp., art. 10.º, e bras., art. 10.º; Leis — cong., art. 5.º, e jap., art. 10.º; Dahir mar., art. 17.º; Tratados — de Lima, art. 3.º, e de Montevideo, art. 26.º

(3) Importa notar que ainda há autores e leis positivas, como já vimos a respeito das sucessões e, nos lugares próprios, continuaremos a ver, que subordinam à *lex rei sitæ* a capacidade para adquirir bens imóveis, ou a forma dos actos relativos a esses bens, ou a sucessão nos mesmos bens. Isso representa, porém, um exagero, contra o qual, a doutrina geral tem reagido e continua a reagir, sendo interessante observar que o Instituto de direito internacional se pronunciou no sentido de submeter à lei pessoal a capacidade para contratar sobre imóveis e a sucessão nestes bens, e de submeter ao princípio *locus regit actum* a forma dos actos sobre os mesmos bens, como se vê das *Regras de Oxford* de 1880 (vii) e das resoluções de Madrid de 1911 (Vide: *Annuaire*, v, pág. 36, e xxiv, pág. 394. Conf. Savigny, ob. cit., pág. 138; Pillet, *Principes*, n.ºs 161 e 162; Dicey, *Conflict of laws*, pág. 501; Diena, *I diritti reali nel diritto internazionale privato*, pág. 140; Buzzati, *L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili*, pág. 359).

dade mobiliária, e por isso vamos descrever, a traços largos, o estado da doutrina e do direito positivo, para podermos ver a sua tendência preponderante.

1.º) *Doutrina.* Segundo a doutrina estatutária, os móveis estavam sujeitos à lei do domicílio do proprietário, em obediência ao princípio *mobilia sequuntur personam*, pela razão de que, não tendo os móveis por si mesmos uma situação invariável e fixa, se deviam reputar situados no lugar do domicílio do seu proprietário ⁽¹⁾.

A distinção entre bens móveis e imóveis para o efeito da determinação da sua lei reguladora, foi, porém, vivamente criticada por Savigny, o qual sustentou a doutrina de que tanto os bens imóveis como os *bens móveis de situação permanente* devem ser regulados pela *lex rei sitæ*, devendo os móveis de situação variável ser regulados pela lei do seu país de destino, que por vezes coincide com o domicílio do proprietário ⁽²⁾.

A escola italiana, como ela aparece na doutrina do seu fundador e como a sua doutrina foi transcrita no artigo 7.º do título preliminar do código civil italiano, aceitou a distinção entre móveis e imóveis. O texto do artigo é o seguinte: «Os bens móveis estão sujeitos à lei nacional do proprietário, salvo os casos de disposições contrárias da lei do país da situação. Os bens imóveis estão sujeitos às leis do lugar da situação». Referindo-se a este preceito, escreveu Mancini: «A propriedade imobiliária ficou submetida à *lei territorial* da sua situação, o que revela ainda o traço profundo da tradição e da preponderância privilegiada e arbitrária concedida aos imóveis. Mas os bens móveis foram declarados igualmente submetidos à *lei nacional* do seu proprietário, a não ser que sejam regulados de modo diferente por uma disposição expressa da lei territorial do país onde de facto se encontrem» ⁽³⁾.

Estas palavras de Mancini mostram que êle, embora por uma razão diferente da aduzida pelos estatutários, considerou competente para reger os bens móveis a lei pessoal que, para êle, era a lei nacional.

Contudo, a distinção entre móveis e imóveis, como a aceitou o código italiano, era mais aparente do que real, pois o preceito deve ser entendido, segundo a opinião geral, no sentido de que os bens móveis, quando considerados em si mesmos,

(1) Savigny, ob. cit., pág. 170; Weiss, ob. cit., tom. iv, pág. 162 e segs. Mais uma vez notamos que, apesar da regra *mobilia sequuntur personam* os estatutários aplicaram muitas vezes aos móveis, considerados individualmente, a lei da sua situação real, no que se continha em germen a unidade de regime dos bens informado pela *lex rei sitæ* (Laine, ob. cit., II, pág. 225 e segs.).

(2) Ob. cit., § 546.

(3) *Clunet*, 1874, pág. 301.

são regidos pela *lex rei sitæ* ⁽¹⁾. E, assim interpretado o pensamento da escola italiana, também esta admite afinal a unidade de regime dos bens móveis e imóveis.

Mas a doutrina ainda evoluciona no sentido de submeter aberta e inteiramente o regime dos bens móveis e imóveis à *lex rei sitæ*. É essa a orientação de Pillet ⁽²⁾, e nessa orientação se filiaram as resoluções do Instituto de direito internacional, o qual submeteu de modo igual os móveis e os imóveis à competência da *lex rei sitæ* ⁽³⁾.

E a orientação doutrinal unitarista é tão firme, que o internacionalista italiano Grasso pôde dizer: «A *lex rei sitæ* é a lei natural dos direitos reais» ⁽⁴⁾.

2.º) *Direito comparado*. No direito comparado, encontram-se as mesmas divergências e a mesma tendência que na doutrina.

O código civil da Prússia submetia os bens imóveis à *lex rei sitæ* e os bens móveis à lei do domicílio real do proprietário ou, no caso de pluralidade de domicílios, à *lex rei sitæ* (§§ 28.º a 32.º). Era, fundamentalmente, a orientação dualista dos estatutários.

O código civil francês nada diz acerca da lei reguladora dos bens móveis, e daí a divisão dos escritores franceses e dos tribunais sobre se o legislador pretendeu seguir a doutrina estatutária da sua submissão à lei pessoal do proprietário ou se o silêncio do legislador apenas resultou da impossibilidade de formular regras gerais acerca da lei reguladora dos móveis ⁽⁵⁾. Mas, como notam Surville e Arthuys, a tendência, tanto da doutrina como da jurisprudência, é no sentido de adoptar as mesmas regras para reger os bens móveis e os bens imóveis quando considerados em si mesmos e como objecto de direitos reais ⁽⁶⁾.

Os códigos e leis posteriores seguiram ora o sistema da *lei pessoal*, ora o sistema da *lex rei sitæ*.

O código civil austríaco sancionou expressamente, no artigo 300.º, a distinção entre bens imóveis e bens móveis, submetendo estes à lei pessoal do proprietário, como se vê do texto, assim redigido: «Os imóveis são regidos pelas leis do lugar da sua situação, e os móveis estão sujeitos à mesma lei que a pessoa do seu proprietário». É o tipo estatutário puro.

(1) Diena, ob. cit., pág. 60 e seg. e *Diritto internazionale privato*, pág. 215 e seg.; conf. Fiore, *Trattato*, t. pág. 118.

(2) *Principes*, n.º 207.

(3) Resoluções de Madrid, art. 1.º a 4.º (*Annuaire*, XXIV, pág. 394).

(4) *Principii di diritto internazionale*, pág. 259; conf. Niboyet, *Des conflits de lois relatifs à l'acquisition de la propriété et des droits sur les meubles à titre particulier*, Paris, 1192, pág. 13 e seg.

(5) Surville et Arthuys, n.º 165.

(6) Ob. cit., n.º 16, nota 6.

O código civil italiano parece seguir a doutrina do dualismo de regime para móveis e imóveis, mas, como notámos, o dualismo é meramente aparente.

Também o código civil espanhol parece ter sujeitado os bens móveis à lei pessoal, pois diz, no artigo 10.º, que «os bens móveis estão sujeitos à lei da nação do proprietário», tanto mais que foram suprimidas as palavras *salvas as disposições contrárias do país em que se encontrem* (os móveis), que eram copiadas do código italiano e que se liam na primeira edição do código. Todavia, segundo Torres Campos ⁽¹⁾, aquelas palavras foram suprimidas por desnecessárias, tendo a final o preceito espanhol o mesmo alcance que o preceito italiano, e, por isso, ainda em face do direito do reino vizinho, as coisas móveis, quando consideradas em si mesmas e como objecto de direitos reais, são regidas pela *lex rei sitæ*.

O código civil argentino (art. 11.º), orientando-se claramente pelas ideias de Savigny, distingue entre os móveis de *situação permanente* e que se conservam sem ter a intenção de os transportar, que sujeita à *lei da situação*, e os móveis que o seu proprietário traz sempre consigo e que servem para seu uso pessoal, sem distinguir entre os que se encontram e os que se não encontram no seu domicílio, bem como os que se conservam para serem vendidos ou para serem transportados para outro lugar, que submete à lei do domicílio do proprietário.

É semelhante ao do código argentino é o preceito do artigo 10.º do código civil brasileiro, onde se determina que os bens, móveis ou imóveis, estão sob a lei do lugar onde situados, ficando contudo sob a lei pessoal do proprietário os móveis do seu uso pessoal, ou os que consigo tiver sempre, bem como os destinados a transporte para outro lugar.

Contudo, o código civil do cantão de Zurich (art. 2.º), o código geral dos bens do Montenegro (art. 790.º, 791.º e 799.º), a lei congoleza de 20 de fevereiro de 1891 (art. 3.º), a lei japonesa de 15 de junho de 1898 (art. 10.º) e o dahir marroquino de 1913 (art. 17.º), sujeitam os bens à lei da situação quanto aos direitos reais que sobre eles podem ser exercidos, sem distinção entre móveis e imóveis, adoptando fórmulas semelhantes a esta da lei congoleza—«Os direitos sobre os bens, tanto móveis como imóveis, são regidos pela lei do lugar em que estes bens se encontram».

Vê-se assim claramente, nas leis internas, a transição da personalidade da lei reguladora dos bens móveis para a sua transformação numa lei de competência localizada.

3.º) *Tratados plurilaterais*. O tratado de Lima sujeitava à lei da situação os bens imóveis e os *móveis de situação permanente* (art. 3.º), nada dizendo acerca dos outros bens móveis,

(1) *Derecho internacional privado*, Madrid, 1906, pág. 238.

mas revelando manifestamente que se aproximava da doutrina de Savigny.

O tratado de Montevideo foi terminante, estabelecendo sem restrições a competência da *lex rei sitae* tanto para os bens móveis como para os bens imóveis. Eis as suas disposições: «Art. 26.º. Os bens, seja qual for a sua natureza, são exclusivamente regulados pela lei do lugar onde existem, quanto à sua qualidade, à sua posse, à sua alienabilidade absoluta ou relativa e a todas as relações jurídicas de carácter real de que são susceptíveis. Art. 30.º. A mudança de situação dos bens móveis não afecta os direitos adquiridos segundo a lei do lugar em que se encontravam ao tempo da aquisição. Contudo, os interessados ficam obrigados a satisfazer os requisitos de fundo ou de forma exigidos pela lei do lugar da nova situação para a aquisição ou conservação daqueles direitos. Art. 31.º Os direitos adquiridos por terceiros sobre os mesmos bens em conformidade da lei do lugar da sua nova situação, depois de efectuada a mudança e antes de satisfeitos os requisitos referidos, têm preferência sobre o primeiro adquirente».

As conferências da Haia ainda não tiveram ocasião de se pronunciar sobre a questão. No programa questionário do Governo holandês, que se destinava a constituir a base dos trabalhos das conferências, perguntava-se: «A lei da situação dos bens (*lex rei sitae*) deve reger estes bens sob o ponto de vista da determinação da sua natureza, dos direitos reais de que podem ser objecto, e dos modos de alienação e aquisição que lhes são aplicáveis, com ou sem distinção entre os imóveis e os móveis?» (1) A primeira conferência resolveu, porém, estudar questões concretas e esta pergunta ainda não teve resposta.

Os tratados de Lima e de Montevideo orientaram se, contudo, no sentido do reconhecimento da competência geral (Lima) ou absoluta (Montevideo) da lei da situação.

c) *Direito português*. Muito escassa sobre todas as matérias do direito internacional privado, contém a nossa lei muito poucas disposições acerca da lei reguladora da propriedade. Contudo, essas poucas disposições conformam-se, segundo cremos, com a tendência geral no sentido de que tal lei é uma lei de competência localizada:

1.ª) *Propriedade imobiliária*. Quanto a esta forma de propriedade, temos textos suficientes para mostrar que o nosso legislador reconheceu a competência da *lex rei sitae*. São os artigos 24.º, 964.º e 1107.º do Código civil. O artigo 24.º sujeita à lei portuguesa relativa à propriedade imobiliária os portugueses que viajam ou residem em país estrangeiro; o artigo 964.º sujeita a registo nas conservatórias portuguesas compe-

tentes as hipotecas constituídas em país estrangeiro sobre bens sítos em Portugal; e o artigo 1107.º, mandando regular o regime do casamento celebrado em país estrangeiro entre portugueses e estrangeiros pela lei nacional do marido, ressalva o disposto no Código civil relativamente aos bens imobiliários. Estes preceitos são revelação suficiente de que o legislador seguiu a doutrina de que os bens imóveis estão sujeitos à lei do país da situação, isto é, aceitou o princípio da competência da *lex rei sitae*. E a mesma doutrina se infere do que, acerca da competência personalizada das leis relativas à capacidade civil, escreveu o autor do Código civil. Eis as suas palavras: «Mas esta regra assim absolutamente estabelecida poderia conduzir algumas vezes a resultados inadmissíveis, ou emquanto ao interesse particular ou emquanto ao interesse público, e é por isso que se acharão nos lugares competentes do Código diversas excepções. Tais são, por exemplo, os contratos e actos considerados imorais ou ilícitos, ou contrários à ordem pública, segundo a lei do país, ou que forem opostos às leis que regem a propriedade imobiliária» (1).

2.ª) *Propriedade mobiliária*. Não temos um só texto que se refira à lei reguladora da propriedade mobiliária. Foi, porém, bem explícito o autor do Código civil acerca da competência da *lex rei sitae*, como se vê desta passagem: «Poderá notar-se que se não encontra no código disposição alguma expressa relativa à propriedade mobiliária, sendo grande a controvérsia entre os autores, se deve ser regida pelo estatuto pessoal se pelo estatuto real. Respondemos, que muito de pensado não tocamos este ponto, para o deixar aos princípios gerais. Se esta propriedade não entra na esfera das leis concernentes à capacidade; ou na esfera das leis imobiliárias; se não há excepção, fica evidente, que estará sujeita à lei geral do país. E que diz esta lei? Que os estrangeiros terão os mesmos direitos e obrigações civis que os portugueses, emquanto aos actos que houverem de produzir os seus efeitos no reino. A palavra *actos* está aqui na sua maior generalidade. Se os móveis se acham em país estrangeiro; se os actos acerca deles não hão de produzir os seus efeitos no reino, é claro que a lei portuguesa os não pode alcançar, e terá a seu respeito lugar a lei estrangeira, ou, por outras palavras, o *direito rei sitae*, que é a doutrina mais justa e mais racional» (2). E' pois evidente que, entre o sistema da *lei pessoal* e o sistema da *lex rei sitae*, o autor do código não hesitou, adoptando claramente o sistema da *lex rei sitae* (3).

(1) *Apostila* (n.º 3) à *censura* do Snr Alberto Morais de Carvalho, pág. 18 e 19.

(2) *Apostila* cit., pág. 19 e 20.

(3) Dr. Teixeira d'Abreu, *Relação es civis internacionais*, pág. 64 e seg.; Dr. Guilherme Moreira, *Instituições*, t. pág. 105.

(1) *Actes* I, pág. 8 e 29. Conf. *Actes* III, pág. 69.

140—II—*Leis relativas à forma externa dos actos jurídicos.* É quasi unânime o acôrdo dos escritores em reconhecer o princípio *locus regit actum* quanto à determinação da lei reguladora da forma externa dos actos, segundo o qual a competência para êsse efeito pertence à *lei do lugar da celebração* ⁽¹⁾. Isto é, o acto formalmente válido segundo a lei do lugar onde é celebrado, como válido deve ser reconhecido, quanto à forma pelos tribunais de qualquer Estado. Segundo o mesmo princípio, são as leis de forma leis típicas de competência localizada, porquanto a sua competência é territorial e o seu valor é exteriorial.

À generalidade da doutrina corresponde a corrente geral do direito positivo na admissão do princípio *locus regit actum*. Como *obligatório* ou como *facultativo*, e com maior ou menor extensão, é o princípio, com efeito, geralmente admitido pela jurisprudência, pelas leis internas e pelos tratados, podendo dizer-se que, no estado actual do direito internacional privado, as leis de forma são, segundo o consenso geral, leis de competência localizada.

Na corrente vai também o direito português. Em verdade, o artigo 24.º do Código civil e o artigo 4.º, n.º 3.º, do Código comercial formularam expressamente a regra de que a forma externa dos actos jurídicos é regulada pela lei do lugar da celebração. Esta regra tem excepções, como veremos noutro lugar, mas o número das excepções é limitado e não prejudica o princípio formulado.

Deve, porém, observar-se que, se a generalidade da doutrina e a tendência predominante do direito positivo são no sentido de reconhecer a competência da lei do lugar da celebração para regular a forma externa dos actos, o princípio *locus regit actum* não tem obtido nem o sufrágio de todos os escritores nem a plena consagração do direito positivo.

É assim que, sob o ponto de vista doutrinal, dois sistemas têm reduzido a um papel secundário a função daquele princípio. São o sistema da competência normal da *lei nacional*, propugnado pela escola italiana ⁽²⁾, e o sistema da competência normal da *lei da relação jurídica*, defendido, entre outros, por Savigny e Dreyfus ⁽³⁾.

Estas correntes doutrinárias informam algumas legislações e alguns tratados, que mais ou menos restringem a aplicação do princípio *locus regit actum*. É assim que: o código civil italiano (art. 9.º) concede aos disponentes e contraentes a faculdade de testar ou contratar segundo a forma da lei do lugar da celebração ou segundo a forma da lei nacional, uma vez que nos con-

(1) Buzzati, ob. cit., pág. 50 e seg.

(2) Vide: Weiss, tom. III, pág. 107.

(3) Savigny, ob. cit., § 344; Dreyfus, ob. cit., pág. 181 e seg.

tratos as partes sejam da mesma nacionalidade (Tit. prel., art. 9.º); a lei alemã (art. 11.º) e a lei japonesa (art. 8.º) declaram *competente* para reger a *forma* dos actos a lei que rege a *relação jurídica* (lei alemã) ou os efeitos dos actos (lei japonesa), embora considerem *suficiente* a lei do lugar da celebração, desde que se não trate de actos de aquisição e extinção de direitos reais, cuja forma é determinada pela lei da situação das coisas sobre que recaem os mesmos direitos ⁽¹⁾, e o tratado de Montevideo, sobre direito civil, sujeita a forma dos contratos em geral à lei do lugar do seu cumprimento (art. 32.º) e a forma dos contratos sobre coisas certas e determinadas à lei do lugar da situação ao tempo do contrato (art. 34.º), apenas considerando competente a lei do lugar da celebração para regular a forma dos instrumentos públicos (art. 39.º).

Podem dizer-se, todavia, que, no estado actual da evolução jurídica, as leis de forma revestem geralmente o carácter de leis de competência localizada.

141—III—*Leis relativas aos direitos de crédito derivados de factos voluntários lícitos.* Os factos voluntários lícitos de que resultam direitos de crédito podem agrupar-se em duas categorias: a) actos jurídicos; b) simples factos voluntários.

a) *Actos jurídicos.* Os actos jurídicos ainda podem ser actos jurídicos bilaterais ou contratos, e actos jurídicos unilaterais, os quais convém considerar separadamente.

1.º *Actos jurídicos bilaterais.* A doutrina e o direito positivo oscilam, fundamentalmente, entre dois sistemas, quanto à determinação da validade e efeitos dos contratos—o sistema da competência da *lei do lugar da celebração* e o sistema da competência da *lei do lugar da execução*.

O primeiro sistema deriva doutrinariamente já da doutrina estatutária e foi legislativamente consagrado pelo código civil austriaco (art. 35.º e segs.), pelo código civil italiano (tit. prel., art. 9.º), pelo código comercial italiano (art. 58.º), pelo código comercial português (art. 4.º, n.º 1.º), pela lei congoleza (art. 11.º), pela lei japonesa (art. 7.º), e pelo código civil brasileiro (art. 13.º).

O segundo sistema foi formulado por Savigny ⁽²⁾ e foi sancionado pela lei grega de 10 de novembro de 1856 (art. 6.º), pelo código civil argentino (art. 1243.º e 1244.º), e pelo tratado de Montevideo sobre direito civil (art. 33.º) ⁽³⁾.

Mas, seja competente a lei do lugar da celebração ou a lei do lugar da execução, é sempre uma lei de *competência localizada*.

(1) Segue igual doutrina o projecto polaco (art. 5.º).

(2) Ob. cit., § 372.

(3) Vide. Dreyfus, ob. cit., pág. 304 e seg.

Importa, porém, notar que, tanto na doutrina como no direito positivo, aparecem desvios no sentido, quer de atribuir competência à *lei nacional* ou do *domicílio* das partes, quer de atribuir competência à *lei escolhida* por elas, substituindo-se o princípio da competência localizada ora pelo princípio da personalidade, ora pelo princípio da autonomia da vontade. Esse duplo desvio nota-se, por exemplo, no código civil italiano, onde se dispõe: «a substância e os efeitos das obrigações reputam-se regulados pela lei do lugar em que os actos foram celebrados e, se os contraentes estrangeiros pertencerem à mesma nação, pela sua lei nacional. Fica salva, em todo o caso, a demonstração de uma vontade diversa» (tit. pr., art. 9.º).

Na generalidade das leis que, como o nosso Código comercial (art. 4.º, n.º 1.º), seguem o sistema da lei do lugar da celebração, admite-se o desvio no sentido da lei escolhida pelas partes, consignando-se o princípio da autonomia da vontade.

É pois somente com restrições que as leis relativas à validade e efeitos dos contratos aparecem como leis de competência localizada.

2.º) *Actos jurídicos unilaterais.* É hoje doutrina assente que podem constituir-se direitos de crédito por meio de declarações unilaterais da vontade (1), ou actos jurídicos unilaterais. São actos jurídicos unilaterais típicos o título ao portador e a promessa pública de recompensa, os quais são regulados, por exemplo, pelo código federal suíço das obrigações (art. 8.º, 9.º e 846.º e seg.), pelo código civil alemão (art. 657.º a 661.º e 793.º a 808.º), pelo código franco-marroquino das obrigações e dos contratos (art. 14.º a 18.º), e pelo código brasileiro (art. 1505.º a 1517.º).

A doutrina tem procurado definir o regime jurídico internacional dos títulos ao portador, mas tem-se ocupado muito pouco, de modo especial, do regime dos demais actos jurídicos unilaterais.

Quanto aos títulos ao portador, vacilam os escritores entre a competência da *lei do lugar da emissão* e a competência da *lei do domicílio do emitente*. A lei do domicílio do emitente não é, porém, considerada competente como lei pessoal de protecção do mesmo emitente, mas como lei de protecção dos portadores dos títulos, e portanto como lei do lugar de referência das obrigações do emitente, quere dizer, é uma espécie de lei de competência localizada (2).

Quanto às demais declarações unilaterais da vontade no sentido de constituir direitos de crédito, a solução doutrinária tem

(1) Dr. Guilherme Moreira, *Instituições*, II, pág. 701.

(2) Vide: Von Bar, ob. cit., § 295; Diena, *Tratato di diritto commerciale internazionale*, I, n.º 90; Jitta, *La substance des obligations dans le droit internationale privé*, II, pág. 240; Valery, ob. cit., n.ºs 629 e seg.

certamente de aproximar-se da seguida para os contratos, não podendo, em nosso entender, hesitar-se senão entre a lei do lugar onde a declaração é feita e a lei do lugar onde a obrigação deva ser cumprida, já que se trata de um acto que não interessa a qualquer qualidade permanente da personalidade. Sendo assim, as obrigações derivadas das mesmas declarações da vontade deverão ser reguladas por uma lei de competência localizada.

No direito positivo, não conhecemos texto algum que determine explicitamente o regime jurídico internacional das obrigações derivadas de actos jurídicos unilaterais, a não ser o preceito do artigo 7.º da lei japonesa, que submete os *actos jurídicos* à lei escolhida pelas partes e, na falta de escolha, à lei do lugar da celebração e que, apesar do emprêgo da palavra *partes*, parece abranger, na sua generalidade, todos os actos jurídicos, significando a palavra *partes* o mesmo que *agentes*. Em face de tal preceito, a lei reguladora dos actos jurídicos é uma lei de competência voluntária. Contudo, se o agente ou agentes não escolherem a lei reguladora do respectivo acto, a lei competente é a lei do lugar da celebração, e, portanto, a competência voluntária converte-se em competência localizada.

Implicitamente, porém, é a questão resolvida pelo tratado de Montevideo sobre direito civil internacional, o qual dispõe que as *obrigações que nascem sem convenção* são reguladas pela lei do lugar onde se produziu o facto lícito ou ilícito de que derivam, fórmula em cuja generalidade cabem evidentemente os actos jurídicos unilaterais. E assim entendido o tratado, os actos jurídicos unilaterais são regulados por uma lei de competência localizada.

b) *Simplex factos voluntários.* Por vezes as leis reconhecem a existência de obrigações derivadas de factos voluntários lícitos que não são declarações de vontade. Pertencem a esta categoria, designadamente, a *gestão de negócios* (Cód. civil, art. 1723.º e seg.) e a *assistência marítima* independente de contrato (Cód. com., art. 676.º e seg.), as quais entram no grupo de factos geralmente chamados *quasi-contratos*.

Ao estudar o regime jurídico internacional das obrigações derivadas destes factos jurídicos, a doutrina inclina-se preponderantemente para a competência da lei do lugar da prática dos mesmos factos, podendo, por isso, dizer-se que predomina a tendência doutrinária para considerar de competência localizada as leis reguladoras das obrigações derivadas de factos voluntários lícitos que não são actos jurídicos unilaterais (1).

As leis internas ou os tratados raras vezes têm regulado a matéria, mas, quando a regularam, seguiram a doutrina pre-

(1) Vide: Meili, ob. cit., § 127; Brocher, ob. cit., II, n.º 182; Jitta, ob. cit., I, pág. 451; Weiss, *Traité*, IV, pág. 410.

ponderante. Assim, a lei congoleza de 1891 (art. 5.º) manda regular as obrigações que derivam de *quási-contratos*, a lei japonesa (art. 11.º) as que resultam da *gestão de negócios* e o tratado de Montevidéu (art. 38.º) as que *nascem sem convenção*, pela lei do lugar onde se verifica o *quási-contrato*, a *gestão*, ou o facto que as origina.

O direito português não estabeleceu ainda um princípio geral, mas regulou um facto especial — a *salvação e assistência marítima*, aceitando claramente a doutrina preponderante, porquanto estabeleceu que a *salvação ou assistência nos portos, rios e águas territoriais* será remunerada nos termos da *lei do lugar onde se der e*, no mar alto, nos da lei da nacionalidade do navio salvador (Cód. com., art. 690.º), o que de certo significa que, quando a *assistência ou salvação* se verifica num lugar onde vigora a lei de determinado Estado, é essa a lei competente para a regular.

142—IV—*Leis relativas à responsabilidade civil proveniente de factos ilícitos.* Em geral, a doutrina atribui competência para regular a responsabilidade civil proveniente dos factos ilícitos delictos ou *quási-delictos* à lei do lugar em que eles se verificam, pela razão de que tal responsabilidade é um meio de defesa contra os factos ilícitos, cabendo naturalmente à lei do lugar onde eles sejam praticados organizar essa defesa (1).

Alguns escritores, porém, entre os quais Savigny (2), consideram de ordem pública as leis em questão e, por isso, dão competência à *lex fori*.

Dêste estado da doutrina são um reflexo as poucas leis ou tratados que têm regulado o assunto. A lei congoleza (art. 5.º) e o tratado de Montevidéu (art. 38.º) limitam-se a estabelecer a competência da lei do lugar do facto ilícito. É a doutrina geral. Contudo, a lei japonesa (art. 11.º), ao mesmo tempo que estabelece o princípio geral da competência da *lex loci*, acrescenta que os factos ilícitos segundo a lei estrangeira só autorizam a exigência de responsabilidade civil no Japão quando também sejam ilícitos segundo a lei japonesa e que o máximo da responsabilidade é o estabelecido pela lei japonesa, e, por seu lado, a lei alemã (art. 12.º) determina que, por actos ilícitos praticados no estrangeiro, não podem fazer-se valer contra um alemão direitos mais extensos que os estabelecidos pelas leis alemãs. Na lei japonesa e na lei alemã sente-se claramente a influência da doutrina de Savigny, pela importância atribuída à *lex fori*.

É, porém, certo que, segundo o direito positivo, a lei normalmente competente é uma lei de competência localizada.

143—V—*Leis de competência e processo.* A partir das doutrinas estatutárias, tornou-se corrente o princípio de que cabe à *lex fori* determinar a competência dos tribunais e a forma do processo (1).

E o princípio doutrinário tem sido consagrado pelo direito positivo sempre que este se refere ao assunto. Assim o fazem: o código civil italiano, determinando que a competência e a forma do processo são reguladas pela lei do lugar onde é proposta a acção (Tit. prel., art. 10.º); o código civil brasileiro, dispondo que rege a competência, a forma de processo e os meios de defesa a lei do lugar onde se mover a acção (*Intr.*, art. 15.º); o tratado de Montevidéu sobre processo civil, cujo artigo 1.º dispõe que as acções e os seus incidentes serão processados, qualquer que seja a sua natureza, em harmonia com a lei do país onde são propostas; e a convenção da Haia, de 17 de julho de 1905, sobre processo civil, que, sem o definir, assenta sobre o princípio de que a competência e a forma do processo são reguladas pela *lex fori* (art. 1.º, 2.º, 3.º, 5.º, 8.º, 11.º, 12.º e 14.º).

Pelo que respeita às leis de processo, não pode haver dificuldades. A *lex fori* fixa sempre a sua competência.

Relativamente, porém, às leis de competência judiciária, são precisos alguns esclarecimentos.

A competência pode revestir duas formas gerais — competência *interna* e competência *internacional*. A competência interna ainda oferece duas variantes — competência *em razão de matéria* e competência *em razão das pessoas*.

A teoria jurídica da competência interna tem por fim, em primeiro lugar, determinar, de entre os tribunais de um país, quais são aqueles a quem cabe julgar determinadas causas, como se é aos tribunais civis, ou aos tribunais comerciais, ou aos tribunais criminais, atendendo-se, para a determinação da competência, à natureza das mesmas causas (Cód. pr. civ., art. 3.º, § 2.º). É a *competência em razão da matéria*. Em segundo lugar, a teoria da competência interna determina, entre os tribunais competentes para conhecer de determinadas causas, qual é o tribunal territorialmente competente para conhecer de certa causa. É a chamada *competência em razão das pessoas*, pela circunstância de tal competência se estabelecer, em geral, atendendo a circunstâncias relacionadas com a pessoa dos litigantes, como, por exemplo, o domicílio do réu (Cód. cit., art. 16.º).

A teoria da competência internacional propõe-se fixar os termos em que os tribunais de um país podem exercer a sua jurisdição em face aos tribunais dos outros países, isto é, os termos em que podem conhecer de acções relativas a estrangeiros

(1) Vide: Pilllet, *Principes*, n.º 213; Weiss, *Traité*, IV, pág. 415; Jitta ob. cit., pág. 334.

(2) Ob. cit., § 373 e 374, pág. 258 e 274.

(1) Von Bar, ob. cit., § 388.º e seg.; Despagnet, ob. cit., n.º 169 e seg.; Weiss, *Traité*, V, pág. 471 e seg.; Fedozzi, ob. cit., n.º 8.

jeiros ou relativas a actos praticados em país estrangeiro por nacionais ou por estrangeiros (1).

Sendo assim, vem naturalmente a questão de saber se, quando se diz que a competência dos tribunais é regida pela *lex fori*, se tem em vista tanto a competência interna como a competência internacional, ou se apenas qualquer delas.

Ninguém duvida de que a regra abrange a competência interna. Só, com efeito, a lei de um determinado Estado é que se deve considerar competente para distribuir a jurisdição pelas diferentes categorias de tribunais desse Estado e para fixar os critérios segundo os quais as partes hão de dirigir-se a esses tribunais.

Há dúvidas, porém, sobre se a regra também abrange a competência internacional. A doutrina que consideramos exacta é a de que a regra apenas abrange a competência interna, a não ser que, expressamente, uma lei ou um tratado aí inclua a competência internacional.

As regras que definem a competência internacional resolvem *conflitos de jurisdições*, devendo atribuir-se-lhes valor igual ao que se atribui às regras que definem a *competência legislativa* e resolvem *conflitos de leis*. A sua função é semelhante e, por isso, semelhante deve ser o seu efeito. Ora, assim como as regras de conflitos de leis formuladas por qualquer Estado excluem absolutamente a aplicação das regras de conflitos de leis formuladas pelos outros Estados (2), assim também as regras de conflitos de jurisdições estabelecidas por um Estado devem excluir as regras correspondentes estatuídas pelos outros Estados. Sendo assim, os tribunais de qualquer Estado não podem aplicar e reconhecer senão as regras de conflitos de jurisdições formuladas pelo seu próprio legislador.

Ao estudar os conflitos de jurisdições em geral e, em especial, a competência internacional judiciária, apresentaremos com mais desenvolvimento os fundamentos desta doutrina.

144—VI—*Leis relativas ao património como garantia comum dos credores*. Os valores económicos pertencentes a uma pessoa constituem o seu *património*.

Este património não tem sempre o mesmo regime jurídico internacional, variando, ao contrário, este regime, segundo o ponto de vista sob o qual o património é considerado.

Assim, quando o património é considerado como objecto de uma relação jurídica do domínio da lei pessoal, a lei competente para regular essa relação jurídica é igualmente competente para regular o património. Nestes termos, o regime do patri-

mónio dos cônjuges no casamento é regulado pela lei nacional do marido (Cód. civil, art. 1107.º), o regime da administração do património do pupilo é regulado pela lei da tutela, em regra a lei nacional do menor (Conv. da Haia de 12 de junho de 1912, art. 1.º e 6.º), e o regime do património do *de cujus* para o efeito da sucessão é regulado pela lei nacional do mesmo *de cujus* ao tempo da morte (Conv. da Haia de 17 de julho de 1905, art. 1.º).

Estas considerações mostram que o património também deve ter o seu regime próprio quando considerado como base do crédito individual e como garantia comum dos credores.

O regime jurídico internacional do património sob este aspecto tem sido estudado principalmente a respeito da *falência*, cuja dificuldade, na sua face internacional, tem sido largo motivo de dúvidas para os escritores e tem aconselhado prudência aos legisladores.

Das três opiniões fundamentais acerca da lei competente para reger a falência—competência da *lei nacional* do falido, competência da *lei do seu principal estabelecimento* ou, *na falta deste, do seu domicílio*, carácter de *lei de ordem pública internacional* da lei reguladora da falência, no sentido de que esta somente pode produzir efeitos quanto aos bens sitos no país onde é declarada—aquela que prepondera na doutrina é a de que a competência pertence à lei do principal estabelecimento ou do domicílio do falido, devendo a falência ser declarada pelo tribunal do lugar do principal estabelecimento ou do domicílio e produzir efeitos onde quer que se encontrem os bens do mesmo falido.

Tal foi a doutrina adoptada, fundamentalmente, pelo congresso jurídico de Turim de 1880 (3), pelo Instituto de direito internacional, na sessão de Paris de 1894 (4), e pela conferência da Haia de 1904 (5).

A mesma doutrina foi, nas suas linhas gerais pelo menos, seguida pelo tratado franco-suíço de 15 de junho de 1869 (art. 6.º a 9.º), pelo tratado franco-belga de 3 de julho de 1899 (art. 8.º), pelo tratado de Montevideo sobre direito comercial internacional, de 12 de fevereiro de 1889 (art. 35.º a 47.º), pela lei brasileira n.º 2:024, de 17 de dezembro de 1908 (art. 161.º e seg.), e pela jurisprudência de alguns países, designadamente, da Bélgica, Espanha, Noruega e Ruménia (6).

Segundo a doutrina preponderante e segundo uma corrente já apreciável do direito positivo, a falência é, pois, regulada pela lei do domicílio do comerciante, o que quer dizer que é essa lei

(1) *Clunet*, 1880, pág. 625

(2) *Annuaire*. XIII, pág. 279.

(3) *Actes*, de 1904, pág. 222

(4) Diena. *Trattato di diritto commerciale internazionale* III, n.º 292 e 293.

(1) Vide: Bartin, em *Clunet*, 1904, pág. 5, e 1905, pág. 59; *Boletim da Faculdade de Direito*, III, pág. 27.

(2) *Supra*, n.º 20.

que regula a liquidação do património do falido e a sua distribuição pelos credores.

Uma situação semelhante se observa a respeito do regime da cessão de créditos relativamente a terceiros Pillet, estudando a questão, sustenta que, sob esse ponto de vista, a cessão de créditos deve ser regulada pela lei do domicílio do credor (*), doutrina que foi consagrada pelo artigo 12.º da lei japonesa.

Estes factos mostram-nos a tendência para submeter o património, como garantia comum dos credores, à lei do domicílio do devedor, e esta tendência conduz-nos a verificar se a lei do domicílio do devedor reveste neste caso a natureza de uma lei pessoal ou a natureza de uma lei de competência localizada.

Entendemos que, em tal caso, a lei do domicílio do devedor tem o valor de uma lei de competência localizada. Por um lado, essa lei não se aplica como lei de protecção do devedor, mas como lei de protecção dos credores, e, por outro lado, a sua competência deriva de o património do devedor, que é a base do seu crédito, se considerar existente no *lugar* do seu domicílio, como centro dos seus negócios e o natural ponto de referência da confiança de quem com ele realiza transacções.

Este conceito da lei reguladora do património, enquanto garantia comum dos credores, indica-nos, em todo o caso, que, no direito, como em tudo, *natura non facit saltus*, e que pode haver leis que estão na fronteira entre as leis nitidamente de competência personalizada e as leis nitidamente de competência localizada, que importa submeter a uma análise atenta, para as caracterizar com rigor jurídico, incluindo-as no quadro das leis pessoais ou no quadro das leis de competência localizada, segundo o seu fim social.

145—*Princípio geral* Na enumeração que fizemos das leis de competência localizada, por um lado, verificámos que elas se referem sempre, ou às *coisas* como objecto da relação jurídica, ou a um *facto jurídico* que, embora praticado por uma pessoa, se pode considerar independentemente da mesma pessoa, não interessando nem à identidade nem à permanência da sua situação jurídica, e, por outro lado, notámos que, na parte respeitante às instituições do direito privado, as leis de competência localizada se referem aos direitos de crédito ou aos direitos reais, nunca alcançando directamente nem o estado e capacidade das pessoas, nem as relações de família, nem as sucessões.

E, assim, se, em face dos factos, quiséssemos referir os elementos da relação jurídica e as instituições do direito privado à sua lei normalmente competente, encontraríamos isto: ao estado e capacidade, correspondem leis pessoais; ao objecto da

relação jurídica, quando se trata de coisas, à forma do *facto jurídico*, e aos seus efeitos quando se trate de direitos de crédito, bem como à acção judiciária, como garantia da relação jurídica, correspondem, em geral, leis de competência localizada; aos direitos de crédito, em geral, e aos direitos reais correspondem também leis de competência localizada; às relações de família e às sucessões correspondem leis de competência personalizada.

E ainda se observa que, a respeito das leis de competência personalizada, a doutrina e a legislação consideram sempre normalmente competente uma determinada lei, a do domicílio ou a nacional, ao passo que, quanto às leis de competência localizada, se recorre a uma multiplicidade de leis — da situação das coisas, da celebração ou da execução dos contratos, da prática do delito, do domicílio do credor, do domicílio do comerciante, da propositura da acção, etc., desaparecendo o princípio de unidade que existe no campo das leis pessoais.

Todos os factos observados são assim reveladores do princípio de distinção entre os factos jurídicos que interessam à identidade e permanência da personalidade jurídica, para os sujeitar constantemente à mesma lei, e aos factos que se podem considerar em separado das pessoas e que podem ser disciplinados por leis diferentes, segundo o lugar em que se verificam.

É isto parece o resultado de uma consideração elementar. Se não se compreende que o estado de uma pessoa seja diferente só porque essa pessoa pode encontrar-se em diversos países, bem se compreende que a mesma pessoa possa exercer de modo diferente o direito de propriedade que possui em diferentes Estados ou que seja diferente a forma dos actos que ela pratique em diferentes países. A diversidade de extensão do exercício do direito de propriedade ou a diversidade da forma dos actos em nada prejudica a identidade e permanência da pessoa que exerce o direito ou que pratica o acto, e, com essa possível diversidade de regime de país para país, mantém-se em cada Estado a *unidade jurídica*, quer da condição das coisas, quer dos actos que servem de base ou são meio de realização da vida jurídica, o que evidentemente representa um elemento de eficácia da ordem jurídica.

Deste modo, a distinção que apontámos realiza o indispensável equilíbrio entre a permanência da personalidade e as exigências de uniformidade da ordem jurídica.

Em conclusão, pode, pois dizer-se que o critério geral que preside à determinação das leis de competência personalizada e das leis de competência localizada é a consideração dos factos jurídicos que não podem ou podem emancipar-se da pessoa a quem eles interessam, e a determinação, quanto ao regime jurídico internacional da segunda série de factos, das leis que melhor correspondem à sua natureza ou à função que eles exercem na vida jurídica dos indivíduos.

(*) *Principes*, n.º 209.

§ IV

Leis de competência voluntária

SUMÁRIO. 146 — Conceito e caracteres das leis de competência voluntária. 147 — Referência descritiva. 148 — Princípio da autonomia da vontade em direito internacional privado. Conceito, origem, evolução, organização e esfera de aplicação. 149 — O princípio da autonomia da vontade no direito português: direitos de crédito, regime dos bens dos cônjuges, direitos reais e devolução da quota disponível.

146 — Nas leis internas e nos tratados, atribui-se, por vezes, designadamente em matéria de obrigações contractuais, ao agente ou agentes de um acto jurídico o direito de escolher a lei reguladora da *substância e efeitos* desse acto, segundo a fórmula que muitas vezes se encontra empregada.

Quando isso é permitido e o agente ou agentes do acto escolhem determinada lei para regular a relação jurídica, a competência da lei resulta directamente de um acto de vontade. É uma lei de *competência voluntária*.

Mas, quando as leis internas ou os tratados dão ao agente do acto essa faculdade, prevêem a hipótese de as partes guardarem silêncio acerca da lei reguladora da relação jurídica, e dispõem que, em tal hipótese, será competente determinada lei, como a lei do lugar da celebração, a lei nacional do marido, a lei nacional do autor da herança, etc. Isto é, fixam a *lei supletiva* da manifestação da vontade do agente do acto. E, ainda em tal caso, se pode dizer que a lei supletiva é uma lei de competência voluntária, pela dupla razão de que a sua competência só se dá por as partes não terem escolhido outra, e de que, ao estabelecer uma lei supletiva, deve entender-se que o legislador escolheu a lei presuntivamente aceita pelas partes.

Em harmonia com estas ideias, chamaremos leis de competência voluntária aquelas leis cuja competência resulta quer da vontade das partes directamente manifestada quer da sua vontade presumida. Como acima dissemos, as leis de competência voluntária do primeiro grupo, isto é, aquelas que são escolhidas directamente pelas partes, apresentam os dois caracteres da competência extraterritorial e do valor extraterritorial, e as do segundo grupo, isto é, aquelas cuja competência resulta da *vontade presumida* das partes, sendo sempre de valor extraterritorial, são quer de competência extraterritorial quer de competência territorial, segundo a relação jurídica de que se trata é regida imperativa-

mente por uma lei de competência personalizada ou por uma lei de competência localizada. Assim, a lei supletiva reguladora da devolução da quota disponível do autor da herança é uma lei de competência extraterritorial, porque a lei imperativa reguladora da sucessão testamentária é uma lei de competência personalizada, ao passo que a lei supletiva reguladora dos efeitos dos actos jurídicos criadores de direitos de crédito é uma lei de competência territorial, quando se entenda, como é doutrina geralmente seguida, que a lei imperativa reguladora daqueles efeitos é uma lei de competência localizada, o que acontece, por exemplo, no direito português, onde se considera competente a lei do lugar da celebração dos actos jurídicos (Cód. com., art. 4.º, n.º 1.º) (1).

147 — Para o efeito de esclarecer o estudo que vamos fazer das leis de competência voluntária, começaremos pela descrição dessas leis como elas aparecem nas actuais leis internas e nos tratados colectivos existentes.

As leis de competência voluntária são possíveis em todas as relações jurídicas que suponham a existência de leis supletivas, e relações jurídicas desta natureza encontram-se em todas as grandes instituições do direito privado — direitos de crédito, direitos reais, direitos de família e direitos de sucessão. Contudo, até hoje, as leis internas e os tratados apenas têm indicado leis de competência voluntária a respeito dos direitos de crédito, dos direitos de família e dos direitos de sucessão. A esses três grupos de relações tem de limitar-se, pois, o nosso estudo descritivo.

1 — *Leis relativas aos direitos de crédito derivados de actos jurídicos*. Estes direitos de crédito podem derivar de contratos e de actos jurídicos unilaterais.

a) *Contratos*. A começar com o código civil italiano, encontra-se em muitas leis internas e em alguns tratados a regra de que as obrigações contractuais são reguladas pela lei escolhida pelas partes. Eis o texto do código italiano: «A substância e os efeitos das obrigações reputam-se regulados pela lei do lugar em que os actos foram praticados e, se os contraentes estrangeiros pertencerem à mesma nação, pela sua lei nacional. *Fica salva em todos os casos a demonstração de uma vontade diversa*» (Tit. preliminar, art. 9.º).

Depois do código italiano, regulou o assunto em termos semelhantes a lei congoleza, cujo artigo 11.º dispõe: «*Salva intenção contrária das partes*, as convenções são regidas, quanto à sua substância, quanto aos seus efeitos e quanto à prova, pela lei do lugar em que são concluídas». A lei japonesa dispõe quasi no mesmo teor: «*A vontade das partes*

(1) Supra, pág. 406.

determina a lei reguladora da existência e efeitos dos actos jurídicos. Se a vontade das partes não é certa, aplica-se a lei do lugar onde o acto foi praticado» (art. 7.º). O nosso Código comercial contém um preceito parecido: «Os actos de comércio serão regulados: 1.º quanto à substância e efeitos das obrigações, pela lei do lugar onde forem celebrados, *salva convenção em contrário*». O dahir marroquino contém uma disposição mais desenvolvida: «As condições de fundo e os efeitos dos contratos são determinados pela lei a que as partes tiveram a intenção de referir-se quer expressa quer tácitamente. Se a determinação da lei aplicável, no silêncio das partes, não resultar, nem da natureza do contrato, nem da sua condição relativa, nem da situação dos bens, o juiz terá em vista a lei do seu domicílio comum; na falta de domicílio comum, a sua lei nacional comum e, se elas não tiverem domicílio no mesmo país, nem nacionalidade comum, a lei do lugar do contrato» (art. 15.º). O código civil brasileiro contém um princípio semelhante ao dos códigos anteriores, mas com excepções: «Regulará, *salvo estipulação em contrário*, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde forem celebrados. Mas se regerão sempre pela lei brasileira: I Os contratos ajustados em países estrangeiros, quando exequíveis no Brasil. II As obrigações contraídas em país estrangeiro entre brasileiros. III Os actos relativos aos imóveis sítos no Brasil. IV Os actos relativos ao regime hipotecário brasileiro».

Os preceitos citados podem originar dúvidas no seu alcance prático, mas são bem expressivos no seu significado genérico. Consagram claramente a autonomia da vontade na determinação da lei reguladora das obrigações contractuais e fixam a lei supletiva que, no silêncio das partes, há de reger essas obrigações, isto é, reconhecem leis de competência voluntária nas suas duas manifestações.

b) *Actos jurídicos unilaterais*. Todas as leis referidas abrangem evidentemente os contratos. Algumas delas, também evidentemente, abrangem só os contratos. São a lei congoleza, que fala em *convenções*, e a lei marroquina, que fala em *contratos*. No mesmo sentido se devem entender a lei italiana, que fala em *contraentes*, e a lei portuguesa, que emprega a fórmula *convenção em contrário*. Resta a lei japonesa, que já apontámos como compreendendo os actos jurídicos unilaterais, e o código brasileiro, o qual, interpretado pelo seu projecto primitivo (art. 34.º), abrange tanto as obrigações derivadas de contratos, como de actos jurídicos unilaterais (1).

II—*Leis relativas ao regime matrimonial*. Na série das leis internas que subordinaram a lei do regime matrimonial ao princípio de autonomia, encontramos, em primeiro lugar, o

nosso Código civil, cujo artigo 1107.º dispõe: «Se o casamento for contraído em país estrangeiro entre português e estrangeira, ou entre estrangeiro e português, e nada declararem nem estipularem os contraentes relativamente a seus bens, entender-se há que casaram conforme o direito comum do país do cônjuge varão, sem prejuízo do que se acha disposto neste código relativamente aos bens imóveis». Segue-se a lei congoleza, onde se lê: «O casamento é regido: quanto aos seus efeitos sobre os bens, na ausência de convenções matrimoniais, pela lei do primeiro estabelecimento matrimonial, salvo prova de uma intenção contrária (art. 12.º, alínea 4.ª)». A lei alemã manda regular o regime de bens pela lei nacional do marido e permite a referência a uma lei estrangeira, desde que essa referência não seja genérica (Lei de introd., art. 15.º e 16.º; cód., art. 1435.º). O dahir marroquino formula este preceito (art. 14.º): «A validade intrínseca de um contrato de casamento e os seus efeitos são regulados pela lei nacional do marido ao tempo do casamento ou, se for concluído na constância do matrimónio, pela lei nacional dos cônjuges no momento do contrato. A mesma lei decide se, e em que medida, os cônjuges têm a liberdade de se referir a outra lei. Quando a ela se tenham referido, essa lei determinará os efeitos do contrato de casamento». Também o código brasileiro reconheceu o princípio da autonomia, mas de modo muito limitado e imperfeito: «A lei nacional da pessoa determina o regime de bens no casamento, sendo lícito quanto a este a opção pelo direito brasileiro (art. 8.º)».

A par com as leis internas, regularam o assunto, partindo também do princípio da autonomia, o tratado de Lima (art. 15.º), o tratado de Montevideo (art. 41.º) e a convenção da Haia de 17 de julho de 1905 (art. 2.º e 5.º). O tratado de Lima determinava que, na falta de convenções matrimoniais, a lei do domicílio conjugal regularia os bens móveis dos cônjuges, qualquer que fosse o lugar da sua situação ou onde fossem adquiridos, o que mostra que os cônjuges podiam escolher a lei reguladora do regime quanto aos bens móveis. O tratado de Montevideo contém uma disposição mais completa: «Na falta de convenção especial, em tudo que esta não preveja e em tudo que não for proibido pela lei do lugar da situação dos bens, as relações dos cônjuges sobre os mesmos bens regem-se pela lei do domicílio conjugal que houverem fixado, de comum acordo, antes da celebração do casamento». É a faculdade da escolha da lei, com a lei do domicílio conjugal como lei supletiva. A convenção da Haia contém preceitos ainda mais expressivos. «Art. 2.º Na ausência de convenção nupcial, os efeitos do casamento sobre os bens, quer imóveis, quer móveis, dos cônjuges, serão regidos pela lei nacional do marido na ocasião da celebração do casamento. Art. 5.º A validade intrínseca de uma convenção nupcial e os seus efeitos são regidos pela

(1) Clóvis Beviláqua, *Comentário ao código civil*, t. 1, pág. 130

lei nacional do marido na ocasião da celebração do casamento, ou, se essa convenção for outorgada na constância do matrimônio, pela lei nacional dos cônjuges no momento da outorga do contrato. A mesma lei decide se, e dentro de que limites, têm os cônjuges a liberdade de se reportar a outra lei, a qual, uma vez que a ela se tenham reportado os cônjuges, determinará os efeitos da convenção nupcial».

É evidente que, nos textos citados, se admite a existência de leis de competência voluntária *directa* ou de competência voluntária *presumida*.

III—*Leis relativas à sucessão testamentária e às doações*. Quanto a estas leis, são muito menos explícitas as legislações e os tratados, mas algumas há que as consideram como leis de competência voluntária. Assim: o Código civil italiano declara que a substância e efeitos das doações e das disposições de última vontade são regidos pela lei nacional do disponente, salva a demonstração de uma vontade diversa (art. 9.º); o tratado de Lima dispõe que os estrangeiros podem testar ou doar segundo a sua lei nacional ou segundo a lei do seu domicílio (art. 19.º e 23.º); a Convenção da Haia de 17 de julho de 1905 limita-se a dizer que a sucessão testamentária é regulada, quanto à sua validade e efeitos, pela lei nacional do testador (art. 1.º), mas nos trabalhos preparatórios ficou esclarecido que tal preceito apenas se refere aos efeitos *necessários* do testamento, pois que os seus efeitos *voluntários* seriam regidos pela lei escolhida pelo testador (1).

148—O que fica dito é a clara revelação de que o direito positivo atribui aos agentes de certos actos jurídicos o poder de escolher a lei reguladora desses actos.

A este poder de fixar a lei reguladora dos actos jurídicos tem-se dado o nome de *princípio da autonomia da vontade*, segundo a fórmula corrente na linguagem da ciência do direito internacional privado. Para o esclarecimento do problema, estudaremos o princípio na sua origem, na sua evolução, na sua apreciação, na sua organização e na esfera da sua aplicação.

1—*Origem*. A origem do princípio é já nossa conhecida. Deve-se ao estatutário Dumoulin. Este eminente jurista classificando as leis em leis de *forma* e em leis de *fundo*, dividiu estas em leis *imperativas* e em leis *supletivas* (*quæ pendent a voluntate*), relativamente às quais proclamou o princípio de que a vontade é soberana na sua escolha, quer essa escolha seja feita expressamente, quer resulte tácitamente das circunstâncias que acompanham a manifestação da vontade (2).

Assim appareceu o principio da autonomia da vontade, que, nos seus inícios, apenas abrangia as leis supletivas.

II—*Evolução*. A curva evolutiva do principio da autonomia da vontade é representada por três períodos bem característicos, que podemos designar—período de *combate*, período de *exagêro*, e período de *reacção* no sentido de o reduzir ao domínio das leis supletivas.

1.º) *Período de combate*. Dumoulin formulou a sua doutrina no século XVI, primeiro, em 1525, no seu *consilium* 53, a respeito do regime matrimonial, sustentando que este devia ser regido pela lei do domicílio conjugal relativamente a todos os bens dos cônjuges, fosse qual fosse a situação dos mesmos bens. A lei do domicílio tinha o valor de um *contrato tácito*, que, segundo a presumida vontade dos cônjuges, abrangia todos os seus bens.

Mais tarde (1554), no comentário da lei romana *Cunctos populos*, generalizou a doutrina a todos os contratos, estabelecendo o princípio de que, no domínio dos contratos, a vontade das partes é soberana, e de que, quando não esteja expressa, deve investigar-se pelas circunstâncias que acompanharam o contrato. Essas circunstâncias constituem um *contrato tácito*, com tanto valor como as estipulações expressas. E a lei do contrato, em tudo que a lei depende da vontade ou em tudo em que a vontade das partes pode modificar a lei—*in his quæ pendent a voluntate partium vel per eas immutari possunt*—é aquela que as partes expressa ou tácitamente tenham escolhido (3).

A doutrina de Dumoulin, sobretudo a respeito da lei reguladora do regime matrimonial, foi vivamente combatida por D'Argentré, e os juristas belgas e holandeses do século XVIII continuaram a luta contra essa doutrina, sendo só no século XVIII que a mesma doutrina triunfou na organização científica do direito internacional privado, pela adesão decidida de Bouhier e Pothier (4).

Mas, saindo do seu período de combate, entrou quasi logo no seu

2.º) *Período de exagêro*. O princípio da autonomia da vontade entrou num período de exagêro quando foi desviado do campo das leis *supletivas*, e se introduziu no campo das leis *imperativas*.

O momento culminante dessa fase de exagêro foi representado pela teoria atribuída ao professor *Hauss* da universidade de Goettingen, segundo a qual, *em todos os casos de conflitos de leis*, devia aplicar-se às relações jurídicas a lei a respeito da qual se provasse que fôra escolhida ou aceita pelas

(1) *Actes*, de 1904, pág. 128.

(2) Lainé, ob. cit., I, pág. 225 e seg.

(1) Lainé, ob. cit., pág. 228 e seg.

(2) Pillet, *Principes*, n.º 225; Lainé, ob. cit., pág. 235.

partes. Era a doutrina da *autonomia absoluta da vontade* na resolução dos conflitos de leis ⁽¹⁾.

Semelhante teoria, porém, se tinha no pensamento do seu autor êste alcance exagerado, não obteve sucesso algum nem na doutrina, nem nas legislações, nem na jurisprudência.

Nas doutrinas de exagêro da autonomia da vontade indica Pillet, logo depois da de Hauss, a de Savigny ⁽²⁾. Funda-se para isso no processo por que Savigny determina a *sede* da relação jurídica, que é mediante o princípio da *submissão voluntária*.

Na organização do seu sistema, Savigny, partindo da idea fundamental de que cada relação jurídica deve ser regulada pela *lei mais em harmonia com a sua natureza*, afirma que essa lei é a *lei da sede da relação jurídica* e acrescenta que a sede da relação jurídica se determina pelo princípio da *submissão voluntária*. Savigny escreve, com efeito: «O direito local aplicável a cada relação jurídica encontra-se sob a influência da vontade das pessoas interessadas, que se submetem voluntariamente ao império de um direito determinado, ainda que esta influência não seja ilimitada. Esta submissão voluntária a um direito local aparece-nos sob diferentes formas e em diferentes graus: algumas vezes toma-se como regra um direito local determinado, quando se podia escolher outro; é o que acontece designadamente em matéria de obrigações, onde o direito local livremente escolhido deve ser considerado como parte integrante do contrato. Em outros casos, a submissão voluntária resulta da própria aquisição do direito: assim, por exemplo, aquele que adquire um imóvel situado no domínio de um direito estrangeiro, tinha a liberdade de não o adquirir, mas, pelo facto da aquisição, aceita o direito local que rege o imóvel» ⁽³⁾.

Ao ler estas passagens, podia parecer que o sistema de Savigny, à semelhança do sistema atribuído a Hauss, assentava todo na autonomia da vontade. Nada seria, porém, menos exacto. Um sistema de conflitos fundado na autonomia da vontade nunca formularia soluções definidas para determinar a lei reguladora da pessoa em si mesma e das relações jurídicas que pelas pessoas podem ser constituídas. Essa lei nunca seria uma *lei certa e determinada*, mas a lei que, em cada caso, fôsse *querida* pelos interessados. Ora o sistema de Savigny dá soluções firmes e sempre as mesmas—a *competência da lei do domicílio* para regular o estado e capacidade, as relações de família e as sucessões, a *competência da lex rei sitæ* para regular os direitos reais, a *competência da lei do lugar da*

execução para regular as obrigações, e a *competência da lei do lugar da celebração* para regular a forma externa dos actos. Estas regras de competência legislativa eram as que, em seu critério, estavam em harmonia com a *natureza de relação jurídica* e que, applicadas, realizavam o ideal supremo da *comunidade de direito*.

Com uma teoria de autonomia da vontade, nada disto seria possível. Em vez da natureza da relação jurídica, presidiria o arbitrio individual e, em vez da comunidade de direito, reinaría a anarquia na resolução dos conflitos de leis.

É preciso, pois, ver a outra luz a doutrina de Savigny acêrca do princípio da submissão voluntária. Submissão voluntária não significa, quanto às leis imperativas, escolha da lei reguladora das relações jurídicas, mas pura e simplesmente aceitação da *lei obrigatoriamente aplicável* aos factos *livremente praticados* pelo individuo. Assim, o individuo é livre na escolha do domicílio, na compra de bens imóveis e na determinação do lugar da execução das obrigações; mas, uma vez fixado o domicílio, feita a compra ou determinado o lugar do cumprimento da obrigação, resulta *imperativamente* a competência da lei do domicílio, da lei da situação do prédio comprado ou do lugar da execução. A autonomia está, pois, na *prática do facto*, e não está na escolha da lei que o regula. O sistema de Savigny não é portanto um sistema de autonomia da vontade, mas um sistema de competência determinada.

O exagêro da doutrina da autonomia não podia assim derivar do sistema de Savigny, mas da sua inexacta interpretação. Disso, porém, não pode attribuir-se a responsabilidade ao seu autor.

O exagêro derivou, a nosso ver, da escola italiana. Foi em escritores filiados nessa escola que o exagêro mais se revelou e foi o código civil italiano, que consagrou as doutrinas da escola, a primeira lei interna a que se attribuiu ter sancionado êsse exagêro.

Com efeito, Mancini dividiu, como vimos, o direito privado em direito privado *necessário* e em direito privado *voluntário*. Êste último compreende a formação dos contratos e coisas semelhantes, isto é, compreende os actos jurídicos respeitantes a direitos patrimoniaes, e é dominado pelo princípio de autonomia da vontade, com o único limite das leis de ordem pública. «Na esfera destas relações, diz o fundador da escola italiana, o individuo pode conformar-se com a sua lei nacional, se assim lhe aprouver; pode mesmo, quando se tratar de factos que não afectem a ordem pública, conformar os seus actos com regras diferentes das estabelecidas pelas suas leis nacionais. Estas regras não fazem mais do que suprir o silêncio das partes. Estas podem submeter-se a regras formuladas nas leis de países estrangeiros. Neste caso, o direito internacional reduz-se

(1) Pillet, ob. cit., pág. 143.

(2) Ob. cit. e lug. cit.

(3) Ob. cit., § 540, pág. 170.

495

muitas vezes a suprir, e algumas vezes a presumir a sua vontade» (1).

Esta passagem mostra que, segundo o autor da escola italiana, os contratos, tanto na sua formação, como nos seus efeitos, são regidos pela lei escolhida pelas partes, quer se trate de leis imperativas, quer se trate de leis supletivas.

E esta mesma ideia aparece, além de outros, em dois dos maiores representantes da escola italiana, Laurent (2) e Fiore (3), ambos os quais tornam as obrigações contratuais do domínio da autonomia da vontade, sem distinguir entre leis imperativas e leis supletivas.

E aqui está o exagêro. A lei imperativa é a regulamentação da vontade na sua manifestação, para o efeito de constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas, e por isso é incompreensível que a vontade possa escolher a lei que há de presidir à sua declaração, para que seja juridicamente eficaz. A lei reguladora da manifestação da vontade tem de ser anterior e superior a essa manifestação. Isto é assim em direito interno e não pode deixar de ser assim em direito internacional privado, o qual, propondo-se resolver conflitos de leis internas, não pode coordenar leis imperativas convertendo estas em leis supletivas, pois que isso, como nota Dreyfus, não seria resolver o conflito, mas suprimi-lo (4).

O exagêro, para não dizer o êrro, da escola italiana generalizou-se largamente na doutrina e daí passou claramente para as leis de alguns Estados. O artigo 9.º do código civil italiano, como ele é interpretado por alguns internacionalistas, o artigo 11.º da lei congoleza de 20 de fevereiro de 1891, o artigo 7.º da lei japonesa de 15 de junho de 1798, e o artigo 13.º do dahir marroquino de 12 de agosto de 1913 reflectem aqúelle exagêro, o qual ainda poderá atenuar-se no código italiano e na lei congoleza, mas é irreductível na lei japonesa e no dahir marroquino, pois aí se diz que a lei escolhida pelas partes determinará a existência (lei jap.) ou as condições de fundo (dah. mar.) dos contratos.

5) *Período de reacção.* O exagêro do princípio da autonomia da vontade, como o formulava a doutrina e como o sancionava o direito positivo ou a jurisprudência de alguns Estados, era um claro êrro de técnica jurídica e por isso era natural que a crítica jurídica o revelasse e procurasse pôr-lhe termo. Assim aconteceu, com efeito. A doutrina já de há muito iniciou o movimento de reacção, manifestando-se numa *teoria moderada de limitações* ao princípio de autonomia da

vontade e numa *teoria radical de eliminação* do mesmo princípio do direito internacional privado.

a) *Teoria das limitações.* Esta teoria é representada por duas doutrinas: a doutrina *germano-italiana*, defendida por Von Bar, Anzilotti e Diena, segundo a qual a autonomia da vontade só pode ser exercida dentro da lei competente para reger a relação jurídica, e quanto às disposições que essa lei considerar supletivas; e a doutrina *francesa*, representada por Antoine Pillet, e à qual aderiu o Instituto de direito internacional, segundo a qual o princípio de autonomia na escolha da lei reguladora do acto jurídico deve ser limitado pelas leis imperativas que presidem à manifestação da vontade.

A doutrina germano-italiana parte do princípio de que toda a relação jurídica deve ter em direito internacional privado uma lei competente para a regular, e de que, por isso, em face de qualquer relação jurídica, o primeiro problema a resolver é a fixação da lei competente para a regular. Uma vez fixada essa lei, ela determinará o que é *imperativo* e, como tal, obrigatório para a vontade, e o que é *supletivo*, e portanto facultativo, devendo restringir-se a autonomia às normas supletivas. E isto pela razão simples de que a manifestação da vontade só é juridicamente eficaz quando feita em harmonia com a lei e de que, por isso, ao constituir uma relação jurídica, deve a vontade conformar-se com a lei competente para a regular, naquilo que essa lei tem de imperativo, estando a sua autonomia limitada ao que nessa lei for supletivo (1).

A doutrina francesa parte do princípio de que os agentes dos actos jurídicos podem escolher a lei reguladora d'esses actos, sem adscrever êstes a uma determinada lei normalmente competente para os regular. Completa, porém, êsse princípio com êst'outro: a autonomia só pode recair sobre leis supletivas e, por isso, o que importa é fixar as leis imperativas que não de delimitar a acção da vontade.

Esta doutrina é nitidamente exposta por Pillet. «O princípio de Dumoulin, diz êle, é verdadeiro, mas simplesmente na sua aplicação aos conflitos entre as leis supletivas». «Quando o nosso Código civil (art. 1134.º) estabelece o princípio de que as convenções fazem lei entre as partes, tem o cuidado de especificar e de falar das convenções legalmente feitas, sublinhando assim o princípio de que a liberdade deixada aos individuos na gestão dos seus interesses não poderá em caso algum ser superior à autoridade das leis. ¿Quais serão, pois, os limites racionais do princípio de autonomia nas relações internacionais? Estes limites serão fornecidos pela necessidade de respeitar a

(1) Supra. n.º 97 a 99.

(2) *Le droit civil international*, II, pág. 369 e seg.

(3) *Il diritto internazionale privato*, I, n.º 112.

(4) Ob. cit., pág. 10.

(1) Von Bar, ob. cit., § 247; Anzilotti, *Il diritto commerciale*, 1907, fasc. 3-4 e *Corso di lezioni*, pág. 143; Diena, *Diritto internazionale privato*, n.º 125.

autoridade da lei competente, da lei que deve aplicar-se em cada caso à relação jurídica em questão. Sempre que o princípio de autonomia for de encontro à disposição imperativa ou proibitiva de uma lei aplicável à causa, deverá ceder e desaparecer, porque só existe sob a reserva de respeitar a autoridade legítima da lei» (1).

Postos estes princípios, passa a indicar as leis imperativas que marcam os limites do princípio de autonomia, enumerando, como tais, as leis de ordem pública, as leis de capacidade, as leis de forma e as leis obrigatórias de protecção individual, como são, em seu critério, as leis relativas aos vícios do consentimento, à irrevogabilidade das convenções antenupciais, às limitações ao direito de doação, enfim todas as leis que, embora formuladas para protecção do indivíduo, têm carácter imperativo. Respeitadas estas quatro categorias de leis, a vontade das partes poderá escolher livremente a lei reguladora dos actos jurídicos. Esta mesma ordem de ideas parece ter sido adoptada pelo Instituto de direito internacional, na sessão de Florença, ao formular as suas resoluções acerca da lei reguladora das obrigações convencionais. Com efeito, o artigo 1.º das suas deliberações sobre o assunto está assim concebido: «Os efeitos da obrigação contratual são regidos pela lei à qual as partes tiveram a intenção de submeter-se, na medida em que a validade da obrigação e os seus efeitos não vão de encontro às leis que regem obrigatoriamente a convenção, designadamente no que respeita à capacidade das partes, à forma, à validade intrínseca do contrato ou à ordem pública» (2).

Como se vê, o Instituto não fixou a lei normalmente competente para regular a obrigação contractual, a qual mediria a esfera de autonomia das partes, mas considerou esta apenas em face de determinadas leis imperativas.

3) *Teoria da eliminação*. Esta teoria foi vigorosamente defendida por Dreyfus, na sua tese de doutoramento intitulada *L'acte juridique en droit privé international* (3).

O autor encara o princípio da autonomia da vontade sucessivamente em face das leis *imperativas* e em face das leis *supletivas*.

Quanto às leis imperativas, rejeita a teoria da autonomia da vontade como um erro contrário à autoridade da lei como regulamentação da vida social. A lei imperativa é uma ordem que se impõe à vontade individual, sendo absurdo que o indivíduo possa subtrair-se ao império dessa lei por um mero acto da sua vontade. É a vontade que está subordinada ao império da lei, e não é a lei que está à mercê dos caprichos da

vontade. Tornar dependente da vontade a escolha directa da lei a aplicar a um conflito de leis imperativas equivale a atribuir à vontade o poder de destruir as leis que são feitas para regular a sua manifestação.

Relativamente às leis supletivas, igualmente rejeita Dreyfus a teoria da autonomia da vontade, porque, no domínio dessas leis, ou não corresponde a um problema jurídico, ou representa uma inutilidade.

Na esfera do direito privado, permite o direito objectivo que, a respeito de certas relações jurídicas de ordem patrimonial, como os direitos de crédito, o regime de bens no casamento e a devolução da quota disponível na sucessão testamentária, os indivíduos organizem por si mesmos essas relações.

Na previsão, porém, de que os indivíduos se abstenham de organizar as referidas relações ou as organizem de modo incompleto, intervém a lei com *disposições supletivas*, para preencher as lacunas deixadas em aberto pela manifestação incompleta da vontade, ou pela ausência dessa manifestação.

Sendo assim, duas situações podem produzir-se. Ou a vontade se manifesta, e cumpre *interpretá-la*; ou a vontade se não manifesta, e cumpre *supri-la*.

Considerado sob o ponto de vista do direito internacional privado, assume o problema o seguinte aspecto. Ao constituir uma relação jurídica em que à vontade das partes é permitido afastar-se dos preceitos das leis imperativas, ou as partes, expressa ou facilmente, quiseram referir-se a uma determinada lei, ou, podendo escolher a lei reguladora dessa relação, nem expressa nem tácitamente fizeram essa escolha.

No primeiro caso, quando se pretende determinar o regime da relação jurídica, não há que resolver um problema de competência legislativa, como são sempre os problemas de conflitos de leis, mas sim um *problema de facto*, qual é a interpretação da vontade das partes. Em tal caso, pois, a teoria da autonomia da vontade não desempenha uma função jurídica no sistema de resolução dos conflitos de leis, e por isso Dreyfus a põe de parte.

No segundo caso, há um problema jurídico a resolver, qual é determinar a lei supletiva a aplicar, no silêncio das partes, mas esse problema é a teoria da autonomia impotente para o resolver.

«Fundada, escreve Dreyfus, sobre a liberdade relativa de que gozam os indivíduos sob o ponto de vista jurídico, a idea de autonomia supõe de facto que eles usaram desta liberdade e traduz o respeito que se deve ter por toda a manifestação expressa ou tácita das suas intenções. Mas que utilidade poderá ter a mesma idea, que sentido poderá atribuir-se-lhe quando, por hipótese, a vontade dos interessados falta ou, o que é o mesmo, não pode ser determinada, e se trata precisa-

(1) *Principes*, pág. 438 e 445.

(2) *Annuaire*, vol. XXII, pág. 298.

(3) Vide pág. 10 e seg.

mente de saber como será resolvida a dificuldade criada por esse silêncio? » (1).

O problema tem de ser resolvido pelo direito objectivo, determinando a lei supletiva competente para regular as relações jurídicas cujo regime as partes não determinaram. E embora o legislador, ao fixar a competência das leis supletivas, se baseie na presunção racional de qual fôsse a vontade das partes, a verdade é que essa competência não representa o resultado de um acto de vontade, mas o produto da vontade do legislador. Neste ponto rejeita Dreyfus a teoria da autonomia da vontade como uma inutilidade.

γ) *Apreciação.* Em face do estado da doutrina acôrca do princípio da autonomia da vontade, diremos qual é, em nosso critério, o valor e o alcance dêste princípio.

Achamos de todo o ponto justas as críticas dirigidas às doutrinas e às leis que admitem o princípio da autonomia da vontade em matéria de leis imperativas. É para nós evidente que a faculdade reconhecida aos agentes de um acto jurídico de escolherem a lei imperativa reguladora dêsse acto, sob qualquer dos seus aspectos, constitui um erro jurídico absolutamente contrário à função da lei imperativa no campo do direito interno e à função do direito internacional privado quanto ao problema dos conflitos de leis. No direito interno, a lei imperativa é a regulamentação da vontade, só se considerando juridicamente eficazes as manifestações da mesma vontade quando feitas em conformidade com a lei. Ao resolver um problema de conflitos de leis, a função do direito internacional privado consiste em fixar a lei interna competente para regular cada uma das relações jurídicas, tornando-se evidente que a lei interna reconhecida competente deve conservar todo o seu valor quando chamada a regular uma relação jurídica que reveste carácter internacional. Só assim a teoria dos conflitos de leis tem sentido jurídico, pois só assim haverá conformidade da lei reguladora com a natureza da relação jurídica regulada.

E neste ponto concordam todos os críticos da teoria da autonomia da vontade.

¿Mas deverá eliminar-se a teoria mesmo do campo das leis supletivas, como não tendo aí uma função jurídica a desempenhar, ou como representando uma verdadeira inutilidade, como pretendo Dreyfus?

Parece-nos que a ideia de autonomia tem ainda um papel a desempenhar na teoria dos conflitos em matéria de leis supletivas. Concordamos facilmente, pois isso nos parece evidente, que a ideia de autonomia é impotente para resolver o problema da determinação da lei supletiva competente quando as partes guardem silêncio a êsse respeito. Em todo o caso, sempre,

diremos que, declarando o legislador competente a lei que lhe parece traduzir a vontade presumida das partes, obedece a uma ideia de autonomia.

Mas é a mesma ideia que preside à determinação dos casos e dos termos em que as partes podem escolher a lei reguladora das suas relações jurídicas. E isso nos parece bastante para não pôr inteiramente de parte a ideia da autonomia no estudo do problema dos conflitos. Tem, ao menos, a vantagem de explicar as soluções adoptadas na resolução do problema no que respeita às leis supletivas.

Limitando a autonomia da vontade às leis supletivas, como a doutrina germano-italiana e a doutrina francesa, não hesitamos, entre estas duas doutrinas, em seguir a primeira. É essa a doutrina que está em harmonia com o destino histórico do direito internacional privado. Êste apareceu para fixar, na concorrência das leis com que uma relação jurídica pode estar em contacto, qual a lei competente para a regular. A organização científica dêsse direito só será perfeita quando se assinala a cada relação jurídica a sua lei reguladora, quer se trate de direitos de crédito, quer se trate de direitos reais, de direitos de família ou de direitos de sucessão. E bem se compreende que a lei competente para regular uma relação jurídica é aquela que naturalmente deve medir a liberdade dos indivíduos na regulamentação dessa relação. Se o problema dos conflitos é um problema de competência legislativa, a lei declarada normalmente competente para regular uma relação jurídica sobreleva a todas as demais na disciplina da mesma relação, fixando, como norma da vontade, o poder de acção da mesma vontade.

III — *Organização.* Depois do que fica dito, são fáceis de determinar as linhas de organização do princípio da autonomia da vontade em direito internacional privado.

O princípio deve limitar-se à esfera das leis supletivas e deve mover-se dentro da lei imperativa normalmente competente para reger a respectiva relação jurídica. Essa lei fixará o que é obrigatório e o que é facultativo, sendo apenas legítimo o exercício da autonomia a respeito do que é facultativo. Assim, se se tratar do regime de bens no casamento, começar-se há por determinar qual é a lei normalmente competente para regular o regime. Assente, por exemplo, que é a lei nacional do marido, verificar-se há o que nesta lei é imperativo e aquilo que é supletivo, para dêste modo determinar onde começa a ser legítimo o exercício da autonomia da vontade.

Se, dentro dos limites marcados pela lei normalmente competente para regular a relação jurídica, os agentes dos actos não escolherem a lei reguladora dessa relação, importa determinar a lei supletiva que a há de reger. E então, de duas uma: ou a *lex fori* a indica expressamente e, em tal caso, o tribunal deve aplicar a lei supletiva indicada; ou as

(1) Pág 125

regras de conflitos da *lex fori* não indicam a lei supletiva competente, e nesse caso devem aplicar-se as disposições supletivas da lei normalmente competente para regular a relação jurídica, pela razão de que é lógico manter a *unidade de regime* de uma relação jurídica, quando as partes, podendo desviar a aplicação das disposições supletivas daquela lei, as não desviaram.

IV — *Esfera de aplicação.* O princípio da autonomia da vontade coincide com a existência de leis supletivas e, por isso, limita-se aos actos jurídicos criadores de relações jurídicas de carácter patrimonial. Ficam de fora da sua alçada todos os actos de constituição de relações de família de carácter pessoal, como o casamento, a legitimação e a perfilhação. Designadamente, compreende os actos jurídicos criadores de direitos de crédito, os actos jurídicos de constituição de propriedades imperfeitas ou de direitos reais de garantia, o contrato de casamento quanto a bens, e o testamento.

a) *Actos jurídicos criadores de direitos de crédito.* Estes actos jurídicos são o campo de eleição das leis supletivas. Aí a autonomia é a regra, tendo a limitação da autonomia um âmbito relativamente limitado. Foi talvez esse o motivo por que o princípio da autonomia foi levado ao exagero de, a respeito das obrigações convencionais, abranger as disposições imperativas que regem essas obrigações. Foi como que a *atração* pelas leis supletivas, em maior número, das leis imperativas, em número mais limitado.

E, embora restrito às leis supletivas, o princípio da autonomia da vontade abrange não só os contratos, mas também os actos jurídicos unilaterais, desde que a lei normalmente competente para os regular deixe aos seus agentes liberdade para escolher uma outra lei. A razão de decidir é a mesma para uma e outra ordem de actos. Consideramos por isso rigoroso o preceito da lei japonesa e aceitável a interpretação do artigo 13.º do Código civil brasileiro no sentido de abranger os actos jurídicos unilaterais.

b) *Direitos reais.* Nenhuma lei interna ou tratado, que nós conheçamos, contém qualquer preceito que reconheça leis de competência voluntária em matéria de direitos reais. Há contudo dois grupos de direitos reais, que são os direitos reais sobre coisa alheia ou propriedades imperfeitas, como lhes chama o nosso Código civil, e os direitos reais de garantia, em cujo regime aparecem seguramente disposições supletivas, isto é, disposições cuja aplicação depende da vontade das partes e onde, portanto, pode manifestar-se o princípio da autonomia da vontade quanto à determinação do seu regime jurídico internacional.

Relativamente às propriedades imperfeitas, basta atender ao que se passa no nosso direito, por exemplo, em matéria de enfiteuse e em matéria de usufruto. Assim: em matéria de

enfiteuse, os contratantes podem escolher o *lugar* e o *tempo* do pagamento do foro, presumindo a lei certo lugar e certo tempo, quando as partes nada tenham estipulado a esse respeito (Cód. civil, art. 1660.º e 1661.º), bem como podem regular, como entenderem, a atribuição da obrigação do pagamento dos encargos ou tributos que forem lançados ao prédio ou à pessoa em razão do prédio (Cód. cit., art. 1675.º; Lei de 3 de abril de 1875, art. 1.º); e, em matéria de usufruto, os contratantes, se o usufruto for convencional, ou o autor da herança, se o usufruto for testamentário, podem regular, como entenderem, até certo ponto, os direitos recíprocos do proprietário e do usufrutuário, como incontestavelmente deve entender-se a respeito do pagamento dos encargos e dos tributos que pesem sobre o prédio usufruído, por analogia do que a lei estabelece quanto à enfiteuse.

Relativamente aos direitos reais de garantia, lembraremos o que se dá com a designação de rendimentos. O artigo 874.º do Código civil dispõe que os contraentes podem convencionar que os bens cujos rendimentos são consignados continuem em poder do devedor, ou que passem para o poder do credor ou de um terceiro, por título de arrendamento ou por outro, o que mostra que a autonomia da vontade pode exercer-se na organização da consignação de rendimentos.

Sendo assim, o princípio da autonomia da vontade também poderá ter aplicação no que respeita às propriedades imperfeitas e aos direitos reais de garantia. E a sua aplicação será legítima quanto às disposições legais que sejam supletivas e determinem os poderes dos titulares dos direitos reais sobre as coisas ou sobre o seu valor, devendo o princípio ser organizado nos termos que acima deixamos indicados. A lei normalmente competente para regular os direitos reais, que é a *lex rei sitæ*, determinará o que é imperativo e o que é supletivo, os agentes dos actos poderão escolher a lei supletiva e, quando não a escolham, deverá aplicar-se a *lex rei sitæ*, para manter a unidade de regime dos actos jurídicos, na falta de uma vontade contrária dos interessados.

b) *Regime de bens no casamento.* As disposições legais reguladoras dos direitos dos cônjuges quanto aos bens são, em quasi todas as legislações, de carácter largamente supletivo, e, por isso, se atribui aos cônjuges, em direito interno, a faculdade de escolher o regime, e, em direito internacional privado, o direito de escolher a lei reguladora do mesmo regime. A convenção da Haia de 1905 estabeleceu sobre este ponto a verdadeira doutrina, fixando em primeiro lugar a lei normalmente competente para regular a validade intrínseca e os efeitos do contrato de casamento, e determinando, em seguida, que essa lei estabelecerá os termos em que os cônjuges poderão referir-se a outra lei para regular os efeitos do contrato (Art. 2.º e 5.º). A convenção reduziu a autonomia da vontade às disposições

supletivas da lei normalmente competente para reger as relações patrimoniais dos cônjuges.

c) *Sucessão testamentária quanto à devolução da quota disponível.* Na falta de herdeiros legitimários ou para além da quota legítima, a regra é que o autor da herança pode dispor dos seus bens como entender. Isto é, a respeito da devolução da quota disponível, o autor da herança pode exercer livremente a autonomia da sua vontade, uma vez que faça um testamento válido em harmonia com os preceitos imperativos da lei que regula a manifestação da vontade do testador, que deve ser a sua lei nacional. Também a este respeito a doutrina exacta foi formulada pela convenção da Haia de 17 de julho de 1905 relativa à sucessão. O seu artigo 1.º sujeita a validade intrínseca e os efeitos do testamento à lei nacional do testador, e o relatório da respectiva comissão declara que apenas se trata de efeitos independentes da vontade do testador⁽¹⁾, devendo entender-se que os efeitos dependentes da vontade são regulados pela lei escolhida pelo testador, nos termos em que essa lei permita a referência a uma lei estrangeira.

149 — Segundo pensamos, o direito português reconhece a legitimidade do princípio da autonomia da vontade a respeito de todas as relações jurídicas em que há leis supletivas.

a) *Direitos de crédito resultantes de actos jurídicos.* O código civil não contém qualquer disposição de carácter geral sobre o assunto. O código comercial, porém, formulou um preceito geral, que, por analogia, pode aplicar-se aos contratos civis e aos actos jurídicos unilaterais (Cód. civil, art. 16.º), e que é o seguinte: «Art. 4.º. Os actos de comércio serão regulados: 1.º quanto à substância e efeitos das obrigações, pela lei do lugar onde forem celebrados, salva convenção em contrário». Este artigo admite evidentemente o princípio da autonomia da vontade, pois, ao mesmo tempo que atribui competência à lei do lugar da celebração para regular a substância e efeitos das obrigações, acrescenta a fórmula *salva convenção em contrário*, a qual mostra que as partes podem escolher outra lei.

Qual será, porém, a amplitude do princípio de autonomia admitido pelo artigo?

Em face do artigo 9.º do código civil italiano, que já conhecemos e que é fundamentalmente semelhante ao preceito do nosso Código comercial, têm sido susentadas três opiniões. Dena⁽²⁾ sustenta que a autonomia das partes só existe a respeito das disposições supletivas da lei do lugar da celebração do contrato ou da lei nacional das partes, quando estas tenham uma lei nacional comum. Fiore, com a generalidade dos inter-

pretos⁽¹⁾, sustenta que a autonomia da vontade pode exercer-se a respeito tanto da validade intrínseca como dos efeitos da obrigação, exceptuada a capacidade, que é sempre regulada pela lei nacional. Anzilotti⁽²⁾, por seu lado, sustenta que o artigo 9.º consagra o princípio de que o juiz deve, caso por caso, determinar a lei reguladora da obrigação, atendendo à vontade das partes como um dos elementos de determinação da lei que está mais em harmonia com a natureza da relação jurídica. E, uma vez fixada essa lei, as partes ainda são livres em aceitar ou não as disposições supletivas da mesma lei.

Em face do nosso código comercial, foi a questão tratada pelo Dr. Veiga Beirão⁽³⁾, o qual seguiu a doutrina de que, aparte a capacidade, na palavra *substância* se inclui tudo o que respeita à validade intrínseca da obrigação, e que as partes podem escolher livremente essa lei.

Esta opinião tem particular autoridade, pois o Dr. Veiga Beirão foi o autor do Código comercial, e por isso parece que a sua interpretação é a que corresponde ao pensamento do legislador. Sendo assim, poderia afigurar-se que a única doutrina verdadeira, perante a nossa lei, é a de que a lei reguladora da obrigação, tanto na sua validade intrínseca como nos seus efeitos, quer necessários, quer legais presuntivos, quer voluntários, é a lei escolhida pelas partes, quando estas tenham manifestado suficientemente a sua vontade.

Contudo, esta doutrina tem contra si a forte objecção de que a lei atribuiria à vontade uma função contrária à natureza das leis imperativas, que são leis de regulamentação da vontade e que por isso mesmo se impõem à vontade, não podendo portanto ser, caso por caso, escolhidas pelos interessados. Interpretar assim a lei seria, pois, supô-la assente sobre um erro de técnica jurídica, que só poderá atribuir-se ao legislador quando ao preceito legal não possa dar-se outro entendimento.

Mas poderá, com efeito, dar-se ao texto outra interpretação? Uma interpretação semelhante à dada por Anzilotti ao artigo 9.º do título preliminar do Código civil italiano seria, à primeira vista, uma solução sedutora. Em verdade, dada, por um lado, a variedade e diversidade específica das obrigações contractuais, mal se podendo acomodar à inflexibilidade de um princípio único para fixar a sua lei reguladora, e, dada, por outro lado, a exactidão teórica do princípio de que cada relação jurídica deve ser regulada pela lei mais em harmonia com a sua natureza, parece digna de toda a aceitação uma doutrina que simultaneamente atende à grande diversidade das obrigações contractuais e à natureza específica de cada uma delas, qual

(1) Actes de 1904, pág. 128.

(2) *Diritto internazionale privato*, pág. 236 e seg.

(1) Ob. cit., tom. 1, n.º 112.

(2) *Il diritto commerciale*, vol. xxii, n.ºs 3 e 4.

(3) *Revista do comércio*, 4.ª série, pág. 17 e 49.

seria a doutrina segundo a qual o juiz, atendendo às circunstâncias e, considerando como principal circunstância a vontade das partes, quando manifestada, determinasse, caso por caso, a lei mais em harmonia com a natureza da relação jurídica.

Contudo, a essa doutrina obstam, em nosso critério, duas objecções decisivas. Em primeiro lugar, ficaria na inteira dependência do arbítrio do juiz a determinação da lei reguladora das obrigações, o que nem a lei autoriza, nem se coaduna com a natural certeza que os interessados de antemão devem ter acerca da lei reguladora das suas relações jurídicas. Em segundo lugar, a vontade das partes teria de ser sacrificada, quando a sua manifestação acerca da lei reguladora da relação jurídica não condissesse com a natureza desta relação, e a lei, não se referindo sequer ao arbítrio do tribunal, não faz restrição alguma acerca da vontade manifestada pelos contraentes.

Postas de lado a opinião do autor do código e a interpretação baseada na doutrina de Anzilotti, parece-nos que o texto se presta a duas interpretações.

A primeira seria entender a palavra *substância* como referindo-se apenas ao conteúdo da obrigação, não abrangendo a validade intrínseca e por isso compreendendo somente os direitos e obrigações resultantes do acto jurídico, enquanto esses direitos e obrigações dependem da vontade das partes.

Esta interpretação conduziria ao resultado de que o artigo 4.º não compreendia o regime jurídico internacional da validade intrínseca da obrigação, quando a verdade é que o legislador parece ter tido a preocupação de estabelecer a lei reguladora de todos os elementos da obrigação.

A segunda consiste em entender a fórmula *salva convenção em contrário* no sentido de a restringir com este acrescentamento — *naquilo em que pode haver convenção em contrário*. E, como convenção em contrário só a pode haver juridicamente a respeito das leis supletivas ou interpretativas, a doutrina a seguir seria esta: a) a validade intrínseca da obrigação, visto que deve depender de uma lei imperativa, é regulada pela lei do lugar da celebração do acto jurídico; b) os efeitos dependentes da vontade são regulados pela lei escolhida pelas partes e, na falta de escolha, pela lei do lugar da celebração.

E' esta a interpretação que nos parece mais aceitável, por ser aquela que, sem sacrificar o texto, o supõe isento do erro de atribuir à vontade a escolha da lei imperativa competente para regular a sua manifestação.

b) *Regime dos bens dos cônjuges*. O artigo 1107.º do Código civil dispõe que, na falta de contrato, o regime de bens será o do direito comum do país do marido. Este artigo supõe evidentemente que os cônjuges podem escolher a lei reguladora do regime, pois só manda aplicar a lei nacional do marido, como lei supletiva, quando não haja contrato.

Qual será, porém, a amplitude que o código reconhece à

vontade dos cônjuges na determinação do regime? É para nós evidente que o código limita a autonomia da vontade dos cônjuges às leis supletivas. O artigo 1107.º é, sem dúvida, dominado pelo artigo 1096.º, onde se determina que a liberdade contractual dos cônjuges se deve exercer *dentro dos limites da lei*, o que certamente quer dizer *dentro dos limites das disposições imperativas das leis*.

Mas qual a lei imperativa que determina a liberdade de escolha do regime? Naturalmente aquela que o legislador manda aplicar como lei supletiva quando não há contrato, isto é, a lei nacional do marido. E assim devia ser, em verdade, desde que as relações patrimoniais dos cônjuges derivam do casamento e do seu *estado de casados* e, por isso, entram na esfera de aplicação da lei pessoal, que é, de um modo geral, a lei reguladora das relações de família, sendo, de modo especial, a lei nacional do marido a que regula as relações entre marido e mulher quando se trata das conseqüências derivadas do estado de casados.

c) *Direitos reais*. Não existe no direito português, como não existe em outra legislação, preceito algum que reconheça expressamente o princípio da autonomia da vontade quanto ao regime jurídico internacional dos direitos reais. Contudo, porque, em matéria de propriedades imperfeitas e de direitos reais de garantia, as nossas leis admitem a existência de leis supletivas, e porque sempre que estabeleceram o regime jurídico internacional de relações jurídicas que supõem leis supletivas, reconheceram a legitimidade de as partes escolherem a lei supletiva reguladora dessas relações jurídicas, é lógico admitir o reconhecimento do mesmo princípio quanto ao regime jurídico internacional dos direitos reais sempre que na regulamentação destes existam leis supletivas (1).

d) *Devolução da quota disponível*. Não há nas nossas leis preceito algum que estabeleça o regime jurídico internacional da sucessão testamentária.

Todavia, como já tivemos ocasião de demonstrar, pela semelhança que existe entre o acto testamentário e o contrato antenupcial, o regime dos dois actos jurídicos deve ser análogo, e por isso, naquilo que é imperativo, a devolução da quota disponível deve ser regulada pela lei nacional do autor da herança e, naquilo que é supletivo, pela lei escolhida pelo testador e, se ele não escolher lei alguma, também pela sua lei nacional (2).

(1) Vide Diena, *I diritti reali nel diritto internazionale privato*, n.º 27.

(2) Pillet, *Principes*, n.º 246; supra, pág. 446.

§ V

A determinação da lei normalmente competente nos casos de conflitos de qualificação, de conflitos de regras de competência legislativa, de sucessão de regras de conflitos de leis e de fraude à lei

- I. Conflitos de qualificação. 150 — Observação preliminar. 151 — Revelação dos conflitos de qualificação. 152 — Sistemas doutrinários de resolução dos mesmos conflitos. Sua crítica.
- II. Conflitos de regras de competência legislativa. 153 — Causa, revelação e conceito destes conflitos. 154 — Formas dos conflitos: conflito positivo e conflito negativo. 155 — Resolução dos conflitos. Princípios gerais. 156 — Resolução do conflito positivo. 157 — Resolução do conflito negativo. *Questão da devolução*. Teorias para a resolução: teoria da referência à lei interna estrangeira; *teoria da devolução*. 158 — A teoria da devolução na sua forma clássica de teoria de interpretação das regras de competência legislativa da *lex fori*. 159 — A teoria da devolução como teoria de competência legislativa. 160 — A teoria da devolução na jurisprudência e na legislação dos diferentes países e nos tratados plurilaterais. 161 — A teoria da devolução em face do direito português.
- III. Sucessão das regras de conflitos de leis. 162 — Fórmula do problema. Teorias formuladas para o resolver. Teoria da retroactividade. 163 — Teoria da não retroactividade. 164 — Teoria de Anzilotti. Sua apreciação.
- IV. A fraude à lei em direito internacional privado. 165 — Termos do problema. 166 — O problema perante o direito positivo dos diferentes países. 167 — Soluções doutrinárias. Crítica.

I

150 — Segundo temos dito, a *função específica* do direito internacional privado, quanto ao problema dos conflitos de leis, consiste em determinar a lei competente para regular as relações jurídicas; o *meio* de determinar a lei competente consiste em investigar, entre os elementos por que uma relação jurídica pode encontrar-se em contacto com leis de diferentes países, o *elemento de conexão decisivo* da competência legislativa; e o *processo* de encontrar o elemento de conexão decisivo consiste na análise da natureza das relações jurídicas e do fim social das leis.

Na generalidade dos casos, bastam a consideração dos elementos de conexão da relação jurídica com as regras de direito e a análise da natureza das relações jurídicas ou do fim social das leis para se determinar a lei normalmente competente.

Casos há, porém, em que se dão *circunstâncias intercorrentes* que dificultam aquela determinação e que importa estudar de modo especial. Essas circunstâncias são: a *divergência de qualificação* das relações jurídicas entre a *lex fori* e as leis estrangeiras, de que resulta uma espécie nova de conflitos, os *conflitos de qualificação*; a *divergência das regras de conflitos de leis* entre a *lex fori* e as leis estrangeiras, a qual determina os *conflitos de regras de competência legislativa*; a *sucessão das regras de conflitos de leis*, a qual associa com um conflito de leis *no espaço* um conflito de leis *no tempo*; e o desvio da lei normalmente competente mediante um *processo fraudulento* praticado pelos interessados, o que origina o *problema da fraude à lei em direito internacional privado*.

Em cada um destes casos, a determinação da lei normalmente competente exige a resolução de uma *questão prévia*, no sentido ou de saber qual a qualificação que há de prevalecer, ou de saber qual a regra de conflitos de leis que há de predominar, ou de verificar a qual se há de atender entre duas regras de conflitos de leis que se sucedem, ou de determinar a influência que pode atribuir-se ao processo fraudulento empregado. É esse estudo que vamos empreender.

E antepomos esse estudo ao da teoria das leis de ordem pública internacional, pela razão decisiva de que a determinação precisa da lei normalmente competente precede o estudo das condições em que essa lei deve ser desviada para lhe ser substituída a *lex fori* como lei de ordem pública internacional.

151 — Ao esforço dos jurisconsultos e da diplomacia para fixar princípios uniformes de resolução dos conflitos de leis, contrapôs Bartin a sua *teoria das qualificações*, com a qual pretendeu demonstrar a impossibilidade da unificação das regras do direito internacional privado ⁽¹⁾.

Bartin põe a questão deste modo: — Ainda que todos os legisladores cheguem a acôrdo para regular pela mesma lei uma determinada categoria de relações jurídicas, uma divergência subsistirá sempre entre eles quanto à determinação da categoria em que entra uma ou outra relação especial. É a diversidade de *qualificação* de direito dada a uma mesma relação jurídica pelos vários Estados, a qual envolverá a aplicação de leis diferentes em cada um desses Estados, apesar do princípio aceito de que uma *certa lei* deve regular uma *certa ordem de*

(1) *Clunet*, 1897, pág. 225, 466 e 720; *Études de droit international privé*, Paris, 1899, pág. 1 e seg.

relações jurídicas. A qualificação diferente desloca a relação jurídica de uma para outra categoria de relações jurídicas e a sua lei reguladora é naturalmente diversa. Assim, se os Estados acordarem em que a lei reguladora da capacidade seja a lei nacional e a lei reguladora da forma dos actos seja a do lugar da celebração, basta que um Estado *qualifique* de condição de capacidade o que outro *qualifica* de condição de forma, para que seja diferente a lei aplicável à mesma relação jurídica e fique prejudicada a uniformização do direito internacional privado.

Para ilustrar a sua idea apresenta Bartin vários exemplos, de que aproveitaremos os dois mais típicos, a fim de a questão ficar posta com toda a clareza. 1.º) Dois Estados acordam no duplo princípio-de regular a successão mobiliária ou imobiliária pela lei nacional do *de cuius* ao tempo do seu falecimento e de regular o regime de bens dos cônjuges pela lei nacional do marido ao tempo do casamento. Dois nacionais do primeiro Estado casam sem contrato antenupcial. Durante o casamento, o marido naturaliza-se cidadão do segundo Estado. Morre, e a viúva reclama, como apanágio, uma parte dos bens móveis ou imóveis por êle deixados e situados no território do segundo Estado. O apanágio é *qualificado* no primeiro Estado como uma consequência do regime de bens entre os esposos, e, no segundo, como um direito successório. O resultado será que, não obstante a unidade de princípios sobre a lei reguladora das successões e do regime de bens dos esposos, os dois Estados aplicarão ao mesmo facto jurídico uma lei diferente, por virtude da qualificação também diferente desse facto. 2.º) O artigo 992.º do Código civil da Holanda proíbe aos nacionais deste país testar pela forma ológrafa mesmo em país estrangeiro. Ora, apesar de em França e na Holanda a capacidade dos individuos ser regulada pela sua lei nacional e a forma externa dos actos pela lei do lugar da celebração, se a jurisprudência holandesa qualificar de regra de incapacidade a disposição do artigo citado e a jurisprudência francesa a entender como uma regra de forma do testamento, em harmonia com o Código civil francês, resultará que o testamento ológrafa feito em França por um holandês será nulo segundo a lei da Holanda e será válido perante os tribunais franceses.

Estes dois exemplos revelam bem a originalidade e a subtilidade do problema que Bartin soube formular, procurou resolver e julgou dever opor àqueles que sonham a unidade final do direito internacional privado.

Como nota Pillet, pode haver, com efeito, casos de irreductível dissidência sobre a natureza de certas relações jurídicas que dificultem a aplicação em todos os países, a essas instituições, de um regime internacional uniforme. É o que poderá acontecer, por exemplo, com as doações *mortis causa*, que ficam na linha divisória entre os contratos e as successões e que uma legislação poderá considerar como actos contractuais

e outra como forma do direito successório, o que poderá determinar a sua submissão nos dois países a um regime internacional diferente e portanto a falta de unidade que se pretende na organização do direito internacional privado. Mas, se semelhantes casos existem, são raras excepções na vida geral do direito privado, e por isso não constituem obstáculo sério à constituição de um sistema geral de direito internacional privado.

Contudo, embora as divergências de qualificação constituam um obstáculo mínimo à unificação do direito internacional privado, a teoria das qualificações não deixou de representar um aspecto novo na evolução científica daquele direito, que se torna necessário considerar.

152 — O aspecto novo que a teoria das qualificações veio oferecer à observação jurídica foi a revelação de uma nova ordem de conflitos, os *conflitos de qualificação*, e o problema da sua resolução.

Dois sistemas doutrinais foram formulados para resolver o problema: a) o sistema da competência da *lex fori*; b) o sistema da competência da lei reguladora da respectiva relação jurídica.

O primeiro sistema foi formulado por Bartin. Em seu entender, quando exista divergência de qualificação entre a *lex fori* e uma lei estrangeira, deve prevalecer a qualificação da *lex fori*, pela razão de que o legislador, mandando aplicar leis estrangeiras para regular certas relações jurídicas, limita voluntariamente o domínio da sua própria legislação e, portanto, da sua soberania, e esta limitação é medida natural e logicamente pela concepção que o legislador tinha das instituições cuja lei reguladora procurava determinar. Ir além dessa medida, seria restringir a soberania do Estado além dos limites que êle quis estabelecer e, portanto, ofender a sua autonomia legislativa (1).

O segundo sistema foi formulado e defendido por Despagnet, um dos primeiros escritores que criticaram a doutrina de Bartin. Segundo Despagnet, na divergência de qualificação entre a *lex fori* e a lei competente para regular uma relação jurídica, deve prevalecer a qualificação estabelecida por esta última lei, por isso que, quando o legislador manda aplicar uma lei estrangeira a uma relação jurídica, quer naturalmente que aquela lei seja aplicada enquanto organiza e regula esta relação, já que o primeiro ponto que atrai a atenção de um legislador e que, em primeiro lugar, êle procura resolver, ao regulamentar juridicamente uma relação ou instituição social, é a *natureza* ou a qualificação dessa relação ou instituição, e portanto, não respeitar essa qualificação, seria começar por não aplicar à relação ou instituição respectiva a lei que, em princípio, a *lex fori*

(1) Bartin, *Études*, pág. 14 e 16.

declara aplicável. E esta doutrina só deveria deixar de seguir-se no caso de a observância da qualificação da lei estrangeira ser contrária às leis locais de ordem pública ⁽¹⁾.

¿Qual dos dois sistemas traduzirá o rigor jurídico?

Hoje estamos convencidos de que a doutrina rigorosa é a de Bartin.

Em primeiro lugar, é indiscutível que o legislador de um Estado, ao estabelecer o seu sistema de regras de conflitos de leis, isto é, ao determinar a lei reguladora de cada uma das relações jurídicas, tem diante de si o quadro dessas relações como êle mesmo as concebe e com a natureza que lhes atribui, não podendo evidentemente referir-se às concepções diferentes dos outros legisladores. E, assim, quando a *lex fori* manda regular a forma dos actos pelo princípio *locus regit actum*, tem em vista evidentemente as leis que o legislador local considera de forma, e não quaisquer outras leis que aos legisladores estrangeiros assim apraza considerar.

Em segundo lugar, a aplicação das leis estrangeiras para regular determinadas relações jurídicas constitui, com efeito, um limite da legislação local, limite que não pode ir além da vontade do legislador, e para êste, como foi dito, a delimitação entre a competência das suas próprias leis e a competência das leis estrangeiras assenta na natureza das relações jurídicas como êle próprio as qualifica.

Em terceiro lugar, é evidente que a qualificação de uma relação jurídica precede naturalmente a determinação da lei que lhe é aplicável. Só depois de se saber, por exemplo, se uma relação jurídica é um direito de família ou um direito de sucessão, é que o juiz pode aplicar a lei reguladora das relações de família ou das sucessões. Sendo assim, a doutrina de Despagnet representa, como notam Diena ⁽²⁾ e Arminjon ⁽³⁾, uma petição de princípio, pois, segundo Despagnet, a qualificação de uma relação jurídica dependeria da lei aplicável, quando é certo que a lei aplicável não se pode determinar sem que se tenha determinado previamente a natureza da relação jurídica de que se trata.

Por fim, a aceitação das qualificações das leis estrangeiras teria como consequência, como observa o mesmo Arminjon, a aceitação das regras de conflitos estrangeiros, o que representaria a destruição do sistema jurídico da *lex fori*, pois se não respeitava nem a natureza que ela assinalava às relações jurídicas nem a conexão destas com uma determinada lei ⁽⁴⁾.

A doutrina de Bartin foi aceita por Arminjon, mas há entre

os dois escritores uma divergência importante quanto à extensão da doutrina.

Bartin admite uma excepção ao princípio de que a qualificação das relações jurídicas depende da *lex fori*. Respeita essa excepção à classificação dos bens em móveis e imóveis, para o que êle atribui competência à *lex rei sitæ*.

Por seu lado, Arminjon considera *absoluto* o princípio de que a qualificação da natureza jurídica das pessoas, das coisas ou dos factos depende da *lex fori*.

Creemos que a razão jurídica está do lado de Arminjon. Sempre que se trata de determinar a lei reguladora de uma relação jurídica, em primeiro lugar é preciso qualificá-la em harmonia com a natureza que lhe atribui a *lex fori*, pela razão dita de que a qualificação precede a determinação da lei aplicável. Ora, quando um legislador diz que certas relações jurídicas relativas a bens imóveis são reguladas por certa lei, tem em vista claramente aquilo que êle considera bens imóveis.

Importa, porém, notar que, uma vez qualificada a relação jurídica em face da *lex fori* e de fixada a lei do país que deve regulá-la, segundo as regras de competência legislativa estabelecidas pela mesma *lex fori*, a regra de direito a aplicar na regulamentação final da relação é a determinada pelo sistema legislativo do Estado declarado competente. Assim, para definir a natureza *contractual* ou *successória* da doação *mortis causa*, para o efeito de determinar a lei do país que deve regulá-la, deve partir-se da qualificação da *lex fori*; mas, uma vez fixado o sistema legislativo competente, devem aplicar-se as regras de direito que nesse sistema regulam aquela espécie de doação. Esta doutrina torna-se evidente perante a consideração simples de que a questão das qualificações é uma *questão prévia* da determinação da lei normalmente competente ⁽¹⁾.

II

153—O actual método de constituição do direito internacional privado mediante *leis internas* como fonte preponderante das regras de conflitos de leis produziu a divergência frequente de *definições locais* daquele direito e deu lugar a uma forma especial de conflitos de leis — *conflitos de leis de competência legislativa*, os quais aparecem sempre que duas legislações, ao formular regras de conflitos de leis, mandam regular o mesmo facto ou relação jurídica por leis diferentes.

⁽¹⁾ Despagnet, em *Clunet*, 1898, pág. 255 e seg. Conf. Dr. J. Alberto dos Reis, ob. cit., pág. 85; Catellani, ob. cit., II, n.º 511.

⁽²⁾ *Diritto internazionale privato*, pág. 74.

⁽³⁾ *Revue cit.*, pág. 440.

⁽⁴⁾ *Revue cit.*, pág. 459.

⁽¹⁾ Vide Anzilotti, *Corso di lezioni*, pág. 156, e *Rivista di diritto internazionale*, 1914, pág. 610. Sobre os conflitos de qualificação, em geral, vide, além das obras citadas: Gemma, *La cosiddetta teoria delle qualificazioni in relazione ad alcuni piu generali problemi del diritto internazionale privato*, Bologna, 1899; Buzzati, *Di una nuova categoria di conflitti di leggi*, *Scritti in onore di E. Pessina*, vol. 3.º.

Assim, enquanto o direito português manda regular o estado e a capacidade das pessoas pela lei do seu país, isto é, pela *lei nacional* (Cód. civil, art. 24.º e 27.º; Cód. com., art. 12.º), o direito dinamarquês manda-os regular pela *lei do domicílio* (1). Basta, pois, que um dinamarquês se encontre domiciliado em Portugal, para se produzir a seguinte situação. Segundo o direito português, a capacidade desse dinamarquês deverá ser regulada pela lei dinamarquesa (lei nacional) e, segundo o direito dinamarquês, deverá a capacidade do mesmo indivíduo ser regulada pela lei portuguesa (lei do domicílio). É claramente um conflito entre regras de competência legislativa, cujo alcance prático bem se apreende, se nos lembrarmos de que, segundo o direito português, a maioridade, por exemplo, começa aos 21 anos (Cód. civil, art. 211.º) e de que, segundo o direito dinamarquês, começa aos 25 anos (2).

Uma situação semelhante se manifesta na comparação do direito português com o direito francês, quanto à lei reguladora da sucessão imobiliária. Segundo a doutrina entre nós preponderante, a lei reguladora da sucessão é a lei nacional do autor da herança, sem distinguir entre bens móveis e bens imóveis. Em harmonia, porém, com a doutrina sempre seguida pela jurisprudência francesa, em face do artigo 3.º, alínea 2.ª, do código civil francês, que declara que os imóveis, mesmo os possuídos por estrangeiros, são regidos pela lei francesa, a lei reguladora da sucessão em bens imóveis é a *lex rei sitæ*. Se, pois, se abrir em Portugal a sucessão de um francês que deixe bens imóveis no nosso país, teremos que, segundo o direito português, a sucessão é regida pela lei francesa (lei nacional) e que, segundo o direito francês, é regida pela lei portuguesa (lei da situação dos bens). Ainda um conflito evidente entre o direito português e o direito francês, cujo alcance prático claramente resulta da circunstância de que a *legítima* dos filhos legítimos, segundo a lei portuguesa, é *fixa* e igual a *metade* dos bens do autor da herança (Dec. de 31 de outubro de 1910, art. 1.º) e, segundo a lei francesa, é *variável*, consistindo em *metade*, em *dois terços* ou em *três quartos*, segundo o autor da herança deixa um, dois ou mais filhos (cód. civil francês, art. 913.º).

Esta nova forma de conflitos entre as leis dos diferentes Estados que constitui uma espécie de conflitos de *segundo grau*, resultantes de nas suas próprias leis os Estados formularem regras de resolução dos *conflitos de leis privadas*, que podemos chamar conflitos de *primeiro grau*, devia naturalmente chamar a atenção da jurisprudência, da doutrina e dos legisladores, para o efeito de lhes procurar uma solução. Assim

(1) *Actes de la conférence de la Haye de droit international privé*, 1893, 2.ª parte, pág. 47.

(2) Lehr, *Éléments de droit scandinave*, pág. 25.

aconteceu, com efeito, como os factos nos vão mostrar com a maior evidência, dando os mesmos conflitos origem a uma *questão célebre*, não só do direito internacional privado, onde ocupa um dos primeiros lugares, mas mesmo de todo o direito moderno, onde será difícil encontrar questão que mais tenha empolgado os espíritos (1).

154—No fundo, os conflitos entre regras de competência legislativa são sempre idênticos e consistem em as regras de conflitos de leis de dois Estados indicarem como lei reguladora de determinada relação jurídica leis diferentes, indicando uma, por exemplo, a lei nacional das pessoas para regular a sua capacidade, e indicando a outra a lei do domicílio, ou indicando uma a lei nacional do autor da herança para regular a sucessão imobiliária e indicando a outra a lei da situação dos bens.

Na aparência, porém, revestem aqueles conflitos as duas formas de conflito positivo e de conflito negativo.

O *conflito positivo* verifica-se quando cada uma das regras de conflitos de leis em concorrência atribui competência para regular a relação jurídica em questão à legislação do respectivo país ou, como diz Potu (2), quando duas ou mais legislações querem simultaneamente reger a mesma relação jurídica, atribuindo-se cada uma a si mesma competência exclusiva. Assim, supondo que um português se encontra domiciliado na Inglaterra, e sendo certo que o direito português manda regular o estado e capacidade das pessoas pela lei nacional e que o direito inglês os manda regular pela lei do domicílio, resulta que o direito português atribui competência à lei portuguesa, como lei nacional, para regular o estado e capacidade do português domiciliado em Inglaterra, e que o direito inglês atribui essa competência à lei inglesa, como lei do domicílio. As duas legislações atribuem-se simultaneamente competência exclusiva para regular as relações jurídicas do cidadão português domiciliado em Inglaterra, em tudo que diga respeito ao seu estado e capacidade. Com a mesma forma aparece o conflito na hipótese de se abrir em Portugal a sucessão de um português que deixe bens imóveis em território francês. Segundo o direito português, a sucessão deverá ser regida pela lei portuguesa, como lei nacional do autor da herança, e, segundo o direito francês, deverá ser regida

(1) Existe uma riquíssima literatura sobre os conflitos de regras de competência legislativa. Para conhecimento da questão, parece-nos, porém, suficiente indicar as seguintes obras: Bartin, *Études cit.*, pág. 85 e seg.; Anzilotti, *Studi di diritto internazionale privato*, pág. 195 e seg.; Pillet, *Principes*, n.ºs 65 a 66; Ligeoix, em *Clunet*, 1905, pág. 748 e seg., e 1904, pág. 551 e seg.; Lainé, *La théorie du renvoi*, na *Revue Darras*, 1906, pág. 605, 1907, pág. 43, 513 e 661, 1908, pág. 729, e 1909, pág. 12; Potu, *La question du renvoi*, Paris, 1915; Chirardini, *Rivista di diritto internazionale*, 1919-1920, pág. 514 e seg.

(2) *Ob. cit.*, pág. 3.

pela lei francesa, como lei da situação dos bens. Cada uma das regras de conflitos atribui competência à lei do respectivo país, isto é, as duas legislações atribuem-se competência simultânea e exclusiva para reger a sucessão.

O *conflito negativo* dá-se quando cada uma das regras de conflitos em concorrência atribui competência para reger a relação jurídica em questão, não à lei do respectivo país, mas à lei do outro país ou à lei de um terceiro Estado, ou, na fórmula de Potu, quando as legislações em concorrência, em vez de se atribuírem competência a si mesmas, se recusam a reger a relação jurídica, atribuindo reciprocamente competência uma à outra ou prescrevendo a aplicação da lei de um terceiro Estado. Assim, supondo que um inglês se encontra domiciliado em Portugal, o seu estado e capacidade, segundo o direito português, devem ser regulados pela lei inglesa, como lei nacional (Cód. civil, art. 27.º), e, segundo o direito inglês, devem ser regulados pela lei portuguesa, como lei do domicílio. Do mesmo modo, se se abrir em Portugal a sucessão de um francês que deixe bens imóveis em território português, segundo o direito português, a sucessão será regida pela lei francesa, como lei nacional do autor da herança, e, segundo direito francês, será regida pela lei portuguesa, como lei da situação dos bens. Em ambos os casos, as legislações em concorrência, ao mesmo tempo que se atribuem reciprocamente competência para reger o estado e capacidade ou a sucessão imobiliária, *recusam-se* elas mesmas a regulá-los.

Este conflito chamado negativo ainda pode oferecer uma outra variante. Suponhamos a hipótese de um inglês domiciliado em Espanha e que, num tribunal português, se discute a capacidade desse inglês a propósito, por exemplo, de um contrato por êle celebrado em Portugal com um cidadão português. Pelo artigo 27.º do nosso Código civil, a capacidade é regulada pela lei inglesa, mas, pelo direito inglês, é essa capacidade regulada pela lei espanhola. De modo que, no conflito negativo, as legislações em concorrência tanto podem atribuir-se reciprocamente a competência para reger a relação jurídica, como pode uma delas atribuir a competência à lei de um terceiro Estado.

Como resolver tanto o conflito positivo, como o conflito negativo? Eis o problema.

155 — O conflito positivo é susceptível das duas soluções: ou de o tribunal de cada um dos países cujas regras de conflitos estabelecem a competência da lei local, aplicar a lei do seu próprio país, não reconhecendo valor algum à regra de conflitos estrangeira; ou de o tribunal dar preferência à regra de conflitos estrangeira, aplicando a lei estrangeira e pondo de parte a lei local. Assim, na hipótese acima formulada de em Portugal se abrir a sucessão de um português que deixa bens imóveis em

França, adoptando a primeira solução, o tribunal português deverá aplicar a lei portuguesa à partilha dos bens situados em França, nenhum valor atribuindo à regra de conflitos da lei francesa; se adoptar, porém, a segunda solução, terá de aplicar à partilha dos bens sítos em França a lei francesa, pondo de parte a regra de conflitos do direito português.

O conflito negativo suscitou uma questão célebre do direito internacional privado, que pode formular-se do modo seguinte: «Quando as regras de conflitos de leis de um determinado Estado mandam regular uma relação jurídica por uma lei estrangeira, referir-se hão à lei estrangeira nas suas disposições de direito interno, ou nas suas disposições de direito internacional privado? É a *questão da devolução*, que chamamos assim, traduzindo a fórmula francesa *question du renvoi* e a fórmula italiana *questione del rinvio*, por o problema em equação consistir em resolver se o juiz deve ou não aceitar a *devolução* para a *lex fori* ou para a lei de um terceiro Estado, resultante de uma regra de conflitos estrangeira.

Para resolver esta questão têm sido seguidas duas teorias: a *teoria da referência à lei estrangeira de direito interno*, segundo a qual a *lex fori*, quando manda aplicar uma lei estrangeira, tem em vista as disposições dessa lei que directamente regulam as relações jurídicas; e a *teoria da devolução*, segundo a qual a *lex fori* se refere à lei estrangeira nas suas disposições de direito internacional privado, as quais não regulam directamente as relações jurídicas, mas indicam as leis que as devem regular.

Mas, se tanto um como o outro conflito é susceptível de duas soluções, qual será a solução juridicamente rigorosa?

Esta solução não pode deixar de resultar da aplicação de princípios. Vamos por isso indicar os princípios que, em nosso critério, dominam o problema, para, à face deles, formularmos a solução que consideramos scientificamente exacta.

156 — São dois os princípios que, segundo pensamos, devem presidir à solução do problema.

O primeiro já tivemos ocasião de o formular, parecendo-nos de uma incontestável evidência⁽¹⁾. É o princípio de que, na falta de regras de direito internacional privado formuladas pela vontade comum dos Estados (que é a única fonte do direito internacional propriamente dito), quer *expressamente* por *tratados normativos*, quer *lâcitamente* pelo *costume*, as regras de direito internacional privado formuladas nas leis internas de cada Estado constituem para esse Estado o *verdadeiro* direito internacional e perante as quais as regras correspondentes formuladas pelas leis dos outros Estados, sejam iguais ou sejam.

(1) Supra, n.º 20.

divergentes, são como se não existissem e, portanto, se apagam completamente. Em verdade, as regras de *direito internacional privado* formuladas por cada Estado *suprem* para êle a falta de regras de direito internacional propriamente dito e, assim como o direito internacional constituído pela vontade comum dos Estados é natural e logicamente *uno*, não se compreendendo de modo nenhum duas regras diferentes para regular uma e a mesma relação jurídica, assim também o direito interno internacional de cada Estado é para êste *uno* e absolutamente *exclusivo* do direito interno internacional dos outros Estados. Sendo assim, torna-se absolutamente manifesto que os tribunais de um Estado não podem aplicar senão as regras de conflitos desse Estado, considerando como não existentes as regras de conflitos dos outros Estados. Se, por isso, a regra de conflitos da *lex fori* mandar aplicar a lei nacional para reger a sucessão e, por seu lado, a correspondente regra de conflitos do país do *de cuius* mandar regular a sucessão pela lei do domicílio ou pela *lex rei sitæ*, o tribunal, para se conservar dentro da lógica jurídica, deve aplicar a lei nacional.

O segundo princípio, que completa o primeiro, deriva da vocação histórica do direito internacional privado quanto ao problema dos conflitos de leis e consiste nisto: as regras de conflitos, ao indicar certas leis como competentes para reger as relações jurídicas, não podem deixar de referir-se às regras de direito que resolvem as questões que suscitam os conflitos, isto é, às regras de *direito interno* que contêm a solução das dificuldades práticas.

Êste princípio é a decisiva lição de toda a doutrina estatutária e de todos os grandes sistemas que representam as doutrinas da comunidade de direito.

No período estatutário, todas as escolas que o enchem — escola italiana, escola francesa de D'Argentré, escola holandesa e escola francesa do século XVIII —, ao estabelecer regras para resolver, quer os conflitos entre as leis particulares de cidades ou províncias dentro do mesmo Estado, quer os conflitos entre as leis de diferentes Estados, nunca pensaram senão na lei particular ou geral que resolvia uma questão de direito privado, como era o número de testemunhas no testamento, a capacidade de testar, a capacidade de alienar bens imóveis, o regime de bens no casamento, etc. Isto é, sempre *uma lei que regula uma relação jurídica*. Assim era natural e assim era justo. ¿O que foi, com efeito, que provocou o labor científico dos fundadores do direito internacional privado? Foram exactamente as divergências das leis internas quanto ao regime das relações jurídicas, umas exigindo mais testemunhas que outras para a celebração do testamento, umas estabelecendo um regime de bens e outras estabelecendo um regime diferente.

Mas, se êste era o facto, ¿o que era que logicamente se impunha à investigação científica? Isto e só isto: escolher a

lei de direito interno que, no concurso com outras leis também de direito interno, devia resolver a questão.

E, se o procedimento dos estatutários foi lógico, foi também o único justo. Aqueles juriconsultos procuraram resolver os conflitos de leis para aplicar a cada questão a *lei mais justa* (escolas italiana, de D'Argentré e francesa do século XVIII) ou, pelo menos, a *mais conveniente* (escola holandesa), e por isso a lei aplicável tinha de ser uma lei que resolvesse directamente a questão, pois que a justiça ou a equidade de uma lei não pode aferir-se senão pelo seu preceito.

Nem é de esquecer que o aparecimento do problema dos conflitos de leis foi possível porque as leis internas eram diferentes. Portanto, o problema tinha de ser essencialmente um problema de aplicação de leis de direito interno.

O ciclo estatutário encerra-se e Savigny abre novos horizontes ao direito internacional privado, fazendo a renovação científica do problema dos conflitos de leis com o seu fecundo *princípio da comunidade de direito*. A comunidade de direito tinha de realizar-se pela aplicação a cada relação jurídica da lei mais em harmonia com a sua natureza, fôsse essa lei nacional ou fôsse estrangeira (1). Ora é evidente que a justiça do regime de uma relação jurídica pela correlação entre a lei a aplicar e a natureza da mesma relação jurídica só pode obter-se pondo as relações jurídicas em correlação com leis de direito interno, que são as leis que contêm o regime das mesmas relações jurídicas.

Mas a doutrina ainda se torna mais manifesta, se é possível, em face do segundo princípio formulado por Savigny, segundo o qual a lei mais em harmonia com a natureza da relação jurídica se determina pela sua *sede*. Cada relação jurídica coordena-se com um dado direito territorial, e tem a sua sede dentro da esfera jurisdiccional desse direito, sendo o mesmo direito que deve regulá-la. A sede é, por exemplo, o *domicílio* do autor da herança quanto aos direitos de sucessão, a *situação* das coisas quanto aos direitos reais, e o *lugar da execução* quanto às obrigações e, correspondentemente, a lei da sucessão deve ser a lei do domicílio do *de cuius*, a lei dos direitos reais deve ser a *lex rei sitæ*, e a lei das obrigações deve ser a *lex loci solutionis*. É bem evidente que, sendo esta a estrutura do sistema, Savigny não podia ter em vista senão leis de direito interno.

Mas o que em Savigny era evidente, na escola italiana de Mancini, o segundo grande sistema que colaborou na renovação do problema dos conflitos, torna-se *irrecusável*. Mancini aceita, como Savigny, o princípio da comunidade de direito, mas assinala-lhe um processo diferente de realização. Esse processo é constituído pelo *princípio da nacionalidade*. O direito privado

(1) Ob. cit., § 348, pág. 30, e § 349, pág. 34.

de cada povo, destinado a organizar e a proteger os interesses dos indivíduos, é determinado pelas condições próprias da vida do mesmo povo—«o clima, a temperatura, a situação geográfica, montanhosa ou marítima, a natureza e a fertilidade do solo, a diversidade dos usos e dos costumes»⁽¹⁾—e deve acompanhar os indivíduos para quem é constituído e a cujo modo de ser é adaptado, onde quer que eles se encontrem, apenas com o limite das leis de ordem pública. O direito privado é, assim, em regra, um *direito pessoal e extraterritorial* informado pela ideia da nacionalidade. Isto basta para mostrar a maior evidência que Mancini não podia, ao formular a sua doutrina dos conflitos de leis, pensar noutra lei nacional que não fosse a lei interna, pois só essa lei traduz a relação necessária que deve existir entre a regra de direito privado e as condições de raça e de meio das quais o indivíduo é um produto. E, de resto, Mancini, como Savigny, não pensou noutra lei que não fosse a lei de direito interno.

O terceiro grande sistema que para nós representa as doutrinas da comunidade de direito, o sistema de Pillet, apareceu numa altura em que a observação jurídica já tinha atentado nas divergências das regras de conflitos e em que já eram célebres a questão e a teoria da devolução. Pois bem, o sábio escritor, não só organiza o seu sistema de modo a excluir aquela teoria, mas critica e rejeita a mesma teoria. O sistema exclui a teoria, como de referência pela *lex fori*, não à lei interna estrangeira, mas à lei estrangeira de conflitos, pois assenta todo na classificação das leis segundo o seu *fin social* de protecção dos indivíduos ou de defesa dos interesses da colectividade, e não poderá discutir-se que a obra legislativa de protecção directa dos interesses individuais ou colectivos só pode conter-se nas leis que organizam esses interesses, que são as leis de direito interno. O autor do sistema rejeita-a formalmente. Depois de fazer resumidamente a história da teoria, bem como das razões com que ela tinha sido defendida e impugnada, escreve estas linhas: «Se se considerar que toda a decisão tomada por uma lei num conflito é uma declaração relativa aos limites da soberania do legislador, a questão da devolução não chega a pôr-se. Na falta de uma soberania superior que imponha às soberanias concorrentes os limites da sua autoridade respectiva, pertence evidentemente a cada Estado traçar por si mesmo os limites da sua soberania e da soberania alheia sobre o seu território. Seria absurdo supor que o Estado francês pode abandonar à Inglaterra ou à Alemanha o cuidado de lhe indicar até onde vai a sua própria soberania, e é todavia isso o que admite a teoria da devolução. Pode acontecer que o Estado cometa esse absurdo. Sob o ponto de vista positivo,

(1) *Clunet*, 1874-1875, pág. 295

fôrça é então que nos inclinemos, mas temos o direito de dizer, não que êle fez uma coisa que não era desejável, mas que faltou ao seu dever, que violou a lei internacional comum a todos, a única possível, a regra segundo a qual, na falta de acórdio sobre este ponto, pertence a cada Estado fixar os limites da sua soberania nas suas relações com as outras soberanias, que, sendo suas iguais, e não suas superiores, não têm título algum para, em seu lugar, desempenharem essa função».⁽²⁾

Com a orientação traçada pelos sistemas fundamentais está a doutrina geral, como bem o mostrou a resolução do Instituto de direito internacional votada na sessão de Neuchâtel, em 1900, pela grande maioria dos seus membros e concebida nestes termos: «Quando a lei de um Estado regular um conflito de leis em matéria de direito privado, é desejável que designe a própria disposição que deve ser aplicada em cada hipótese, e não a disposição estrangeira sobre o conflito de que se tratar»⁽³⁾.

Esta resolução é froixa, mas nem por isso deixa de indicar as tendências do pensamento científico acêrca da desorganizadora teoria da devolução.

Nem ao pensamento dos jurisconsultos homens de ciência de Neuchâtel pode contrapor-se o pensamento dos jurisconsultos diplomatas da Conferência da Haia de 1900, que votaram uma regra de devolução em matéria de casamento, decidindo que «o direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, a não ser que uma disposição dessa lei se refira expressamente a outra lei». Em verdade, como o disse Asser⁽⁴⁾ e o declarou a comissão respectiva⁽⁵⁾, semelhante regra foi apenas ditada por motivos de oportunidade, para facilitar a assinatura da convenção por mais Estados e para assegurar a validade do casamento, pois que, scientificamente, a teoria da devolução era uma teoria condenada pela ciência, assim como era rejeitada pela maioria dos membros da comissão.

Segundo, pois, o sentido histórico do problema dos conflitos de leis, como o conceberam e o resolveram os grandes sistemas doutrinários e como o concebe o pensamento científico predominante, as regras de conflitos que indicam as leis reguladoras das relações jurídicas só podem referir-se às leis internas que regulam as questões que provocam os conflitos.

Mas, com a razão histórica e com o pensamento científico preponderante, está a razão sociológica das regras de direito internacional privado relativas aos conflitos de leis.

(1) *Principes*, pág. 165.

(2) *Annuaire*, XVIII, pág. 79.

(3) *Documents*, de 1900, pág. 185.

(4) *Actes*, de 1900, pág. 168.

Em verdade, porque é que existem essas regras? Pela razão simples de que são divergentes as leis de direito interno de cada país com as quais as relações jurídicas podem encontrar-se em contacto. Qual deve ser naturalmente o seu conteúdo? Indicar, entre as leis concorrentes, aquela que deve regular a relação jurídica. E qual deverá ser o seu resultado? Conseguir que as mesmas relações jurídicas sejam reguladas pelas mesmas leis, para assim se realizar, na divergência das leis internas, o princípio da comunidade de direito. Ora, sendo tal a razão de ser, tal o conteúdo e tal o destino das regras de conflitos de leis, uma só solução é possível, dentro das exigências do senso jurídico, e é que essas regras se refiram às leis de direito interno.

Qualquer outra solução representa um erro histórico, um erro sociológico e portanto um erro científico (1).

157—Formulados os princípios, apliquemo-los sucessivamente ao conflito positivo e ao conflito negativo.

a) *Conflito positivo.* Este conflito dá-se, como dissemos, quando duas leis chamam a si a resolução de uma questão, como será qualquer questão de capacidade relativa a um português domiciliado na Inglaterra, a qual, segundo o direito português, deve ser resolvida pela lei portuguesa e, segundo o direito inglês, deve ser resolvida pela lei inglesa. Como deverá um tribunal português resolver este conflito? É ele susceptível de duas soluções — aplicar o tribunal a sua própria lei, isto é, a lei portuguesa, como manda a regra de conflitos da *lex fori*, ou aplicar a lei do domicílio, isto é, a lei inglesa, como manda a regra de conflitos da lei inglesa.

Segundo os princípios que estabelecemos, o tribunal não tem que hesitar. Reconhecendo apenas valor à regra de conflitos de leis do direito português, aplica a lei interna portuguesa para resolver a questão. Esta solução, que é aconselhada pelo simples bom senso, foi a que prevaleceu no acórdão quasi unânime da doutrina, das legislações e da jurisprudência (2). Em verdade, quando as regras de conflitos de leis formuladas por uma legislação mandam aplicar as leis do respectivo país, os tribunais desse país não poderão deixar de aplicar essas leis, para lhes substituírem uma lei estrangeira, sem quebrar o respeito que devem ao poder legislativo do Estado. Referindo-se à questão, enunciou Von Bar a verdadeira doutrina, na mencionada sessão do Instituto em Neuchâtel, nestas palavras: «Deve notar-se, em primeiro lugar, que as disposições legislativas referentes ao direito internacional privado não são senão regras que indicam a competência

quer de uma lei nacional, quer de uma lei estrangeira. No que respeita à competência das suas próprias leis, a regra do legislador é sempre absoluta e é incontestável que se violaria a soberania admitindo neste caso que a regra pudesse ser limitada pela disposição de uma lei estrangeira» (1).

158 — b) *Conflito negativo.* O conflito de leis de competência legislativa, na sua forma negativa, conduziu, como dissemos, à questão da devolução e à defesa de duas teorias para a resolver — a teoria da referência à lei estrangeira de direito interno, e a teoria da devolução.

Em face dos princípios que acima estabelecemos, não podemos hesitar em aceitar a primeira teoria e em rejeitar formalmente a teoria da devolução.

Não devemos, porém, pôr de lado esta teoria com tanta simplicidade. Devemos discuti-la no campo em que a têm sustentado os seus defensores, para pôr à prova os nossos princípios e verificar se eles podem resistir à crítica que resulta dos fundamentos em que a teoria da devolução tem sido baseada.

Na sua discussão doutrinal, a teoria da devolução tem sido defendida ora como uma *teoria de interpretação* das regras de conflitos da *lex fori*, no intento de determinar se esta se refere à lei *interua estrangeira* ou à lei *estrangeira de conflitos*, ora como teoria de *competência legislativa*, isto é, como teoria de determinação da função do legislador em matéria de direito internacional privado. Consideraremos e apreciaremos por isso a teoria da devolução sob os dois pontos de vista.

Na sua *forma clássica* de teoria de interpretação das regras de conflitos da *lex fori*, a teoria da devolução tem sido baseada em *razões práticas* e em *razões teóricas*.

As razões práticas reduzem-se à afirmação da dupla vantagem de a teoria da devolução: assegurar a *identidade dos julgamentos* proferidos sobre o mesmo litígio em diferentes Estados; e garantir em país estrangeiro o *exequatur* das sentenças proferidas em questões de direito internacional privado. Se o tribunal, dizem os partidários da teoria, remetido pela *lex fori*, numa questão de capacidade por exemplo, para uma lei estrangeira, aplicar, não as disposições de direito interno desta lei, mas as disposições da lei por ela indicada, o seu julgamento será idêntico ao que, em caso semelhante, preferiria um tribunal do país para a lei do qual remete a *lex fori*, e terá aí assegurado o *exequatur*, por aplicar a lei competente segundo a regra de conflitos de leis aí vigente. Assim, sendo a idade legal para contrair matrimónio de 18 anos para os homens e de 16 anos para as mulheres, segundo a lei portu-

(1) Potu, ob. cit., pág. 219 e seg.

(2) Potu, ob. cit., pág. 307.

(1) *Annuaire* cit., pág. 54.

guesa, e de 20 e de 16, segundo a lei dinamarquesa, e mandando a regra de conflitos de leis estabelecida no direito português regular a capacidade matrimonial pela lei nacional dos esposos e a estabelecida no direito dinamarquês pela lei do seu domicílio, se um tribunal português, chamado a conhecer da capacidade matrimonial de um dinamarquês domiciliado em Portugal, remetido, como é, pelo artigo 27.º do Código civil e pelo artigo 143.º do regulamento consular, para o direito dinamarquês, aplicar a lei indicada por este direito, isto é, a lei do domicílio, e, no caso sujeito, a lei portuguesa, julgará como julgará um tribunal dinamarquês e a sentença será naturalmente executada na Dinamarca.

As razões de ordem teórica são fundamentalmente três:

1.ª) A teoria da devolução realiza o pensamento do legislador, pois, quando este preceitua que uma determinada relação jurídica deve ser regulada por uma lei estrangeira, quer racionalmente que esta lei seja aplicada na sua integridade e, portanto, ainda nas suas disposições de direito internacional privado que remetem para a *lex fori* ou para a lei de um terceiro Estado, por isso mesmo que o direito estrangeiro forma um todo homogêneo, de que é impossível separar tal ou qual categoria de leis. Se, pois, a *lex fori* manda aplicar uma lei estrangeira e esta devolve para a *lex fori* ou para a lei de um terceiro Estado, aplicar a lei indicada pela regra de conflitos estrangeira, é ainda aplicar a lei estrangeira que a *lex fori* declara aplicável.

2.ª) Quando uma regra de conflitos declara aplicável uma lei estrangeira, por exemplo a lei do domicílio, isso significa que a lei estrangeira mandada aplicar é *incorporada* na ordem jurídica do Estado que formula a mesma regra de conflitos, e portanto transformada em lei dêsse mesmo Estado, e por isso, quando a *lex fori* manda aplicar uma lei estrangeira e uma regra de conflitos do Estado a que pertence esta lei, manda, por sua vez, aplicar à relação jurídica em questão a própria *lex fori* ou a lei de um terceiro Estado, qualquer destas leis fica sendo lei do Estado cuja lei a *lex fori* manda aplicar, e daí deriva que o juiz, aplicando a lei indicada pela regra de conflitos estrangeira, aplica ainda uma lei do Estado cuja lei a *lex fori* manda aplicar. Esta justificação da teoria da devolução foi recentemente formulada por Anzilotti, que, tendo sido um adversário de tal teoria, acabou por aceitá-la (1).

(1) Anzilotti anunciou a sua nova doutrina na anotação da sentença do tribunal de Florença, de 25 de janeiro de 1918, que julgou no sentido da devolução uma questão de legitimação e de sucessão legítima relativa a um súbdito britânico domiciliado na Itália (*Rivista di diritto internazionale*, XII, pág. 81 e seg.) e formulou sucintamente a mesma doutrina, prometendo desenvolvê-la, na anotação à sentença do tribunal de apelação de Florença, de 23 de janeiro de 1919 (*Rivista cit.*, vol. cit., pág. 288 e seg.), que confirmou a sentença anterior. A doutrina aparece esboçada nestas

3.ª) A interpretação das regras de conflitos da *lex fori* em harmonia com a teoria da devolução é a única que respeita a soberania do Estado cuja lei a *lex fori* manda aplicar, pois, se um tribunal português, por exemplo, aplicar ao estado e capacidade de um inglês domiciliado em Portugal a lei inglesa, quando esta não queira ser aplicada e remeta, por isso, para a lei portuguesa, violará a soberania de um Estado independente (1).

Procuremos determinar o valor dêstes argumentos.

A identidade de julgamentos, como vantagem da teoria da devolução, não passa de uma ilusão, provinda de uma incongruência na compreensão e aplicação da teoria. Com efeito, se o tribunal de um país deve entender os preceitos da *lex fori* sobre conflitos de leis no sentido da devolução e se a teoria é verdadeira, também os tribunais dos outros países assim devem

passagens: «As normas de direito internacional privado têm por efeito incorporar como normas reguladoras de determinadas relações um complexo indefinido de normas, cujo conteúdo só é dado pelas legislações estrangeiras; normas que adquirem assim carácter e força de leis nacionais, isto é, de leis vigentes no Estado para certos e determinados casos. A lei estrangeira, por exemplo a lei do domicílio, adoptada no Estado nacional do *de cuius* como lei reguladora da sucessão, é lei nacional dos cidadãos daquele Estado em determinadas hipóteses (v. g. domicílio no estrangeiro) do mesmo modo e pelo mesmo título por que em outras hipóteses (domicílio no Estado) o é a lei directamente emanada do legislador daquele Estado para regular a sucessão *causa mortis*. Explico-me com um exemplo que se adapta ao caso decidido pela sentença. No Império britânico está em vigor um *Statute of distribution* que regula a sucessão dos cidadãos ingleses domiciliados na Inglaterra, um outro que regula a sucessão dos cidadãos ingleses domiciliados na Escócia, e assim por diante; mas no Império britânico estão também em vigor, por vontade do legislador inglês, e por isso como leis inglesas, as leis sucessórias dos diversos países onde os cidadãos ingleses têm o seu domicílio ou onde estão situados os seus bens imóveis: estas leis, adoptadas como próprias pelo direito inglês, são leis nacionais dos cidadãos ingleses, nem mais nem menos que o *Statute of distribution* inglês, escocês, etc., leis nacionais inglesas, cada uma das quais é aplicável aos cidadãos ingleses em determinadas hipóteses. Em suma, quando o legislador diz que aos cidadãos ingleses domiciliados na Inglaterra se aplica o *Statute of distribution*, aos cidadãos ingleses domiciliados na França o *Code civil*, aos domiciliados na Itália o *Codice civile*, etc., etc., não faz coisa diferente do que faria se dissesse: aos nobres aplica-se este *Statute of distribution*, aos comerciantes est'outro, aos camponeses aquel'outro, etc., etc. E, como em tal caso se não duvidaria de que o magistrado italiano, por força do artigo 8.º dos preliminares, devia aplicar ao cidadão inglês, como lei nacional, o *Statute of distribution* da classe a que ele pertence, assim parece lógico aplicar ao cidadão inglês domiciliado na Inglaterra o *Statute of distribution* inglês, ao domiciliado em França as regras de sucessão do *Code civil*, ao domiciliado em Itália o *Codice civile italiano*, e assim por diante: trata-se sempre de diversas qualificações dos cidadãos ingleses, aos quais por vontade do direito inglês correspondem leis sucessórias diversas, cada uma das quais é, por título igual, lei nacional do cidadão inglês no sentido do artigo 8.º dos Preliminares». Tal a doutrina de Anzilotti, cuja súmula procurámos esboçar no texto.

(1) Potu, ob. cit., pág. 202 e seg.

interpretar as regras de conflitos do seu direito e os julgamentos, em vez de idênticos, serão divergentes. Assim, se, no caso acima apontado, o tribunal português deve seguir a doutrina da devolução e declarar válido o casamento de um dinamarquês domiciliado em Portugal e aqui casado aos 18 anos, aplicando a lei portuguesa como lei do domicílio, também um tribunal dinamarquês perante o qual seja discutida a mesma questão deve seguir o mesmo princípio e, portanto, aplicar a lei portuguesa, que é a lei do domicílio, não nas disposições de direito interno, mas nas disposições de direito internacional privado, que remetem para a lei nacional, na hipótese para a lei dinamarquesa, e portanto declarar nulo o casamento por falta de idade legal segundo esta lei. A lógica da devolução leva deste modo à divergência de julgados que se pretendia evitar.

A garantia de *exequatur* não oferece apoio mais firme à teoria da devolução. É certo que, se o tribunal sentenciador aplicar a regra de conflitos de leis estabelecida pelo direito do país do tribunal a que se pede o *exequatur*, será isso um meio de facilitar o mesmo *exequatur*. Mas, semelhante circunstância de modo algum justifica a devolução, antes a condena. Em primeiro lugar, o juiz sentenciador não pode saber, em regra, onde a sentença virá a ser executada e, por isso, também não pode, para o efeito de assegurar o *exequatur*, determinar a regra de conflitos de leis que há de preferir à estabelecida pela *lex fori*. Em verdade, todas as sentenças que não digam respeito ao regime da propriedade dos imóveis, como são as referentes ao estado e capacidade das pessoas, à tutela, à sucessão, à falência, às obrigações, etc., podem ser executadas em diversos países, não sendo possível determinar um país de principal ou de exclusiva execução, e as referentes ao regime jurídico dos imóveis só excepcionalmente poderão deixar de ser proferidas pelos tribunais do país da situação desses bens, e portanto só raras vezes haverá lugar a pedir para elas o *exequatur*, o que mostra claramente que o juiz, porque podem ser diversas as regras de conflitos nos países onde a sentença pode ser executada, não tem critério algum para, com o destino de assegurar o *exequatur*, determinar o princípio de conflitos que deverá antepor à *lex fori*. Depois, ainda mesmo que fôsse possível determinar um país de principal execução, nem por isso se tornaria mais aceitável a teoria da devolução, como processo de garantir o *exequatur* das sentenças, pois, se o juiz do país A, no intuito de assegurar o *exequatur* no país B, devesse aplicar a regra de conflitos de leis vigente neste último país, a seu turno os juizes do país B, quando fôsssem eles os primeiros a conhecer da questão, deveriam aplicar as regras de conflitos de leis vigentes no país A, o que daria sobre o mesmo litígio soluções diferentes, embora em sentido oposto à diferença que haveria, se cada tribunal aplicasse sempre a regra de conflitos da *lex fori*.

Não têm mais valor a razão teórica derivada da pretendida vontade do legislador acêrca da aplicação integral da lei estrangeira, quando por ela manda regular as relações jurídicas. Mostram-no a toda a evidência as seguintes considerações.

Primeiro, se o legislador manda aplicar a lei estrangeira, não admite por certo a possibilidade de ainda ser aplicada a lei nacional, o que viria acontecer com a teoria da devolução, quando a regra de conflitos estrangeira remete para a *lex fori*. Se invoca a lei estrangeira, é evidentemente nas disposições em que é diferente da sua, por entender que essas disposições regulam melhor determinadas relações jurídicas. A não ser, portanto, que, na remissão para as leis estrangeiras, haja referência expressa aos preceitos dessas leis sobre direito internacional privado, a presunção natural é que a remissão é feita para os preceitos de direito interno dessas leis.

Depois, se a lei estrangeira para que remete a *lex fori* deve ser aplicada na sua integridade, na sua integridade deve ser aplicada também a lei indicada pela lei estrangeira, o que produz um círculo vicioso irredutível. Assim, se, numa questão de capacidade de um estrangeiro domiciliado no país do tribunal, a *lex fori* remete para a sua lei nacional e nesta há uma regra de conflitos de leis em matéria de capacidade que remete para a lei do domicílio, a aplicação integral da lei nacional devolve para a lei do domicílio, e a aplicação integral da lei do domicílio devolve para a lei nacional, e o juiz não poderá sair do círculo, desde que se conserve na lógica da teoria da devolução. Só poderá sair, cometendo o ilogismo cómodo de admitir, com Weiss⁽¹⁾, que, enquanto a *lex fori* remete para a regra de conflitos estrangeira, esta remete para as disposições de direito interno da lei que indica, por exemplo, da lei do domicílio.

Demais, se a *lex fori*, mandando aplicar a lei estrangeira, se referisse a esta nas suas disposições sobre direito internacional privado, não indicaria a lei reguladora das relações jurídicas e sancionaria a indeterminação e a incerteza relativamente a essa regulamentação, pois, devendo a lei reguladora ser indicada pelos legisladores estrangeiros, cada um indicaria aquela que julgasse melhor, e do mesmo modo reconheceria a *lex fori* que uma e a mesma relação jurídica poderia ser regulada por leis diferentes, já que o seria pela lei indicada pelos legisladores estrangeiros, e estes poderiam, como acabamos de dizer, indicar leis diferentes, o que tudo é absurdo e contrário à missão do legislador, que deve formular de modo preciso o regime das relações jurídicas, quer esse regime seja o da sua lei, quer seja o de uma lei estrangeira determinada (lei nacional, lei do domicílio, lei do lugar da celebração, etc.).

Ainda, o legislador, formulando preceitos de direito inter-

(1) *Traité* citado, tomo 3.º, pág. 87.

nacional privado, umas vezes manda aplicar a sua própria lei, outras vezes manda aplicar leis estrangeiras. Ora, se quando manda aplicar a sua própria lei, não pode deixar de entender-se que se refere às disposições de direito interno, é evidente que, ao mandar aplicar as leis estrangeiras, igualmente se refere às suas disposições de direito interno.

Por fim, dizer que aplicar a lei estrangeira nas disposições de direito internacional privado é ainda aplicar a lei estrangeira, e portanto cumprir o preceito da *lex fori* equivale: a confundir preceitos de direito completamente diferentes, como são os preceitos de direito interno e os preceitos de direito internacional privado, enquanto aqueles *regulam* e estes *indicam a lei reguladora* das relações jurídicas; a esquecer que o legislador, remetendo para uma lei estrangeira e dizendo que certas relações jurídicas serão reguladas, por exemplo, pela lei nacional ou pela lei do domicílio, se refere evidentemente à *lei que regula*, e não ao *preceito que indica a lei reguladora*; e a cair no círculo vicioso já apontado, pois, se a *lex fori* se cumpre quando se aplica a lei estrangeira sobre conflitos de leis, também a lei estrangeira se cumprirá quando se aplique a *lex fori* nas suas disposições sobre conflitos de leis, e nunca se conseguirá resolver a questão.

E também não consideramos de modo nenhum decisivo em favor da teoria da devolução o novo argumento formulado por Anzilotti.

Diz o eminente professor de Roma que, quando a *lex fori* manda aplicar a *lei nacional* e esta por seu turno remete, por exemplo, para a lei do domicílio, esta última lei é *incorporada* pela lei nacional, melhor, integra-se na lei nacional, é também lei nacional, e portanto a sua competência resulta naturalmente do imperativo da *lex fori*. Esta construção jurídica é subtilmente bela, mas é também, em nosso critério, movediça e inconsistente.

Já parece importante a consideração de que, quando o legislador manda aplicar a lei nacional do estrangeiro é porque entende que qualquer outra lei, e designadamente a *lex fori*, não convém à relação jurídica em questão e, com a doutrina de Anzilotti, viria a ser aplicada, a maior parte das vezes, a mesma *lex fori*, isto é, exactamente a lei que o legislador entendeu não convir à relação jurídica.

Mas, sobretudo, se a doutrina de Anzilotti é verdadeira, não pode deixar de significar que as regras de conflitos de leis que mandam aplicar as leis estrangeiras para regular certas relações jurídicas, incorporam em si essas leis estrangeiras. Mas, se é assim, semelhante processo de incorporação não pode deixar de partir das regras de conflitos da *lex fori*, e não pode deixar de ser num só grau, pela clara razão de que as mesmas regras, para fixarem a lei reguladora de uma relação jurídica, têm fatalmente de incorporar uma lei de direito interno,

o que conduz necessariamente à conclusão de que qualquer regra de conflitos que manda aplicar uma lei estrangeira incorpora ou integra em si a lei interna estrangeira. Na doutrina de Anzilotti, a regra de conflitos da *lex fori* começaria, porém, por integrar em si outra regra de conflitos antagónica com ela, o que nos parece juridicamente monstruoso. No campo da lógica, a assimilação jurídica só pode dar-se entre elementos conciliáveis, e são evidentemente incompatíveis duas regras de conflitos de leis, uma das quais manda, por exemplo, regular a sucessão pela lei nacional do autor da herança e outra a manda regular pela lei do domicílio. Ora, para chegar à conclusão de Anzilotti, seria necessário admitir esse evidente antagonismo lógico.

Sem valor é igualmente o argumento fundado no respeito devido à soberania do Estado cuja regra de conflitos devolve para a *lex fori* ou para a lei de um terceiro Estado. Tanto é expressão de soberania a *lex fori* que manda aplicar a lei estrangeira, como a lei estrangeira que manda aplicar a *lex fori*, e o tribunal deve naturalmente respeitar a ordem do seu legislador e não a ordem do legislador estrangeiro, quando haja divergências no alcance dessas ordens. Além de que, a sentença fundada na *lex fori* limita o seu valor ao território do respectivo Estado, em nada afectando a soberania do Estado estrangeiro, que pode ou não respeitar a sentença.

A teoria da devolução é, pois, insustentável como princípio de interpretação dos preceitos da *lex fori* que remetem para as leis estrangeiras. As regras de conflitos, quer mandem resolvê-los pela aplicação da *lex fori*, quer ordenem a aplicação das leis estrangeiras, devem interpretar-se sempre do mesmo modo, e por isso sempre se deve entender que o legislador se refere às disposições de direito interno e não às de direito internacional privado, desde que, quando o legislador manda resolver o conflito pela aplicação da *lex fori*, ninguém pretenderá que ele queira referir-se às disposições desta lei sobre direito internacional privado.

159 — Reconhecida a insubsistência da teoria da devolução como teoria de interpretação das regras de conflitos de leis da *lex fori*, cumpre verificar o seu valor como *teoria de competência* do legislador em matéria de direito internacional privado.

Colocada neste campo, tem a teoria sido baseada fundamentalmente em cinco princípios: a) o princípio da renúncia ou desistência de competência pelo legislador estrangeiro; b) o princípio da unilateralidade das regras de competência legislativa; c) o princípio da investigação de competência; d) o princípio da delimitação de competência e da competência subsidiária; e) e o princípio da identidade do direito internacional privado e do direito interno.

a) Alguns internacionalistas, entre eles Von Bar e Weiss (1), viram a legitimidade da teoria da devolução na renúncia do legislador de um país a usar da *competência legislativa* que lhe é conferida pelo legislador de outro país para regular determinadas relações jurídicas. Se o legislador de um país, dizem, atribui competência a outro legislador, e este último não quer usar dessa competência, antes reconhecendo a competência do primeiro, só este fica autorizado a regular as respectivas relações jurídicas.

A teoria da renúncia de competência representa, porém, um anacronismo científico em face das bases teóricas em que hoje assenta o direito internacional privado.

Semelhante teoria só poderia basear-se no princípio da cortesia internacional como fundamento da aplicação das leis estrangeiras. Em verdade, à luz deste princípio, porque o legislador manda aplicar as leis estrangeiras, não por uma razão de justiça, mas por um acto de cortesia para com os outros Estados, é lógico que, diante da renúncia deles à aplicação das suas leis, reassuma a sua competência a *lex fori* e mude a forma de cortesia internacional. O acto de atenção consistiria agora em aplicar a *lex fori*.

Em face, porém, da renovação científica do problema dos conflitos de leis sobre os princípios da comunidade de direito e da justiça como base da aplicação das leis estrangeiras, combinados com o princípio de que, à falta de regras de competência legislativa formuladas pela vontade colectiva dos Estados, a competência das leis somente pode ser fixada por cada um dos Estados, segundo o critério que lhe parece traduzir a justiça na organização do regime das relações internacionais de carácter privado, o princípio da cortesia internacional deve considerar-se um princípio condenado pela crítica jurídica e relegado para o arquivo histórico dos princípios cientificamente abandonados.

b) Segundo o princípio da *unilateralidade das regras de competência legislativa*, defendido, entre outros, por Von Bar, Shnell, Keidel e Niedner (2), o Estado apenas pode fixar a competência das suas próprias leis, não lhe sendo lícito impor aos Estados estrangeiros a competência das leis dos mesmos Estados, para regular relações jurídicas a que eles não queiram que elas sejam aplicadas, porisso que as regras de conflitos de leis formuladas por um Estado não podem obrigar os outros Estados, que são, como ele, independentes e a ele iguais na ordem internacional. Sendo assim, o corolário lógico da doutrina será que, não devendo o juiz de um Estado aplicar a lei de um Estado estrangeiro contra o preceito das regras de con-

flitos de leis desse Estado, terá de aplicar a *lex fori* ou a lei indicada pela regra de conflitos estrangeira, o que dá um resultado semelhante ao da aplicação da teoria da devolução.

O princípio da unilateralidade das regras de competência legislativa tem contra si as seguintes considerações, que, para nós, são decisivas: 1.º) contraria a função própria do direito internacional privado em matéria de conflitos de leis, enquanto essa função consiste em determinar a lei normalmente competente para regular as relações jurídicas, pois que, se a regra de conflitos de leis se limitar a fixar a competência das leis locais, ou caímos no sistema da absoluta territorialidade das leis, dando sempre competência à *lex fori*, ou ficaria por determinar a lei competente, quando esta devesse ser uma lei estrangeira; 2.º) não atende à função desempenhada pelo Estado ao formular regras de competência legislativa, pois, ao estabelecer essas regras, o Estado desempenha a função que desempenharia um órgão da sociedade dos Estados, se esta se encontrasse devidamente organizada, e, sendo bem de ver que as regras de conflitos de leis formuladas por um órgão da sociedade dos Estados não poderiam deixar de ser regras completas, determinando as leis competentes para regular as relações jurídicas, independentemente da consideração dos Estados a que pertencem as mesmas leis, de ver é também que as regras de conflitos de leis formuladas pelo Estado, na falta e em substituição de regras de conflitos formuladas pela vontade colectiva dos Estados, devem ser regras completas, atribuindo competência à *lex fori* ou às leis estrangeiras, segundo o critério de justiça que for adoptado; 3.º) não tem na devida conta o valor das regras de conflitos de leis estabelecidas por cada Estado, pois — esquece que o Estado, até o ponto em que é livre para escolher regras de conflitos de leis, deve estabelecê-las de modo que a mesma relação jurídica deva, normalmente, ser sempre regulada pela mesma lei (lei nacional, lei do domicílio, lei da situação etc.), aliás nem obedeceria ao princípio supremo da comunidade de direito, nem haveria *igualdade* na administração da justiça pelos seus tribunais, que estariam à mercê das regras de conflitos estrangeiras, — esquece que o Estado, pondo de parte as suas regras de conflitos de leis, para aplicar as estrangeiras, abdicaria da sua autonomia para respeitar as ordens dos outros Estados, — e esquece que a aplicação das leis estrangeiras em virtude das regras de conflitos formuladas por certo Estado têm valor apenas para esse Estado, podendo os outros Estados deixar de reconhecer o efeito dessa aplicação.

c) O *princípio da investigação de competência* foi defendido por Neumann e Gabba (1). Segundo estes escritores, a

(1) *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 18, pág. 54, 55 e 51; Potu, ob. cit., pág. 205 e seg.

(2) Potu, ob. cit., pág. 208 e seg.

(1) Potu, ob. cit., pág. 214.

determinação da lei competente para regular as relações jurídicas depende de uma dupla investigação: a) investigação da legislação competente, segundo a natureza das coisas (Neumann) ou segundo a séde da relação jurídica (Gabba), para resolver os conflitos das leis privadas; b) investigação de qual seja a solução dos mesmos conflitos admitida por essa legislação. Assim, trata-se, por exemplo, de determinar a lei competente para regular a sucessão? Investiga-se, em primeiro lugar, qual é a legislação que, segundo a natureza do direito de sucessão, deve resolver os conflitos das leis privadas sobre sucessão, e assenta-se, por hipótese, em que é a legislação do país a que pertencia o autor da herança que cabe resolver tais conflitos. Feita essa investigação, verifica-se, em segundo lugar, qual é a lei que a regra de conflitos da legislação do país do autor da herança considera competente para regular a sucessão, e é essa lei que deve aplicar o tribunal do país onde surge o conflito.

Ora, como é óbvio, a regra de conflitos formulada pela legislação do país considerada competente para determinar a lei reguladora das relações jurídicas tanto pode mandar aplicar a lei interna desse país como a lei interna de outro Estado e, portanto, a lei do país onde surge o conflito, e por isso a teoria de Neumann e Gabba conduz à teoria da devolução, sempre que a regra de conflitos competente mande regular a relação jurídica quer pela *lex fori* quer pela lei de um terceiro Estado. Consideramos o nóvo princípio também inaceitável:

1.º) Porque confunde as regras de conflitos de leis com as leis internas, confusão inteiramente inadmissível, pois, quando se invoca o princípio de Savigny de que as relações jurídicas devem ser reguladas pela lei mais em harmonia com a sua natureza, não pode deixar de ter-se em vista a *lei que regula* as relações jurídicas, que é a lei interna, e não a regra de direito que *indica a lei reguladora* das mesmas relações, que é a regra de conflitos.

2.º) Porque o princípio viola a autonomia do Estado onde surge o conflito, pois, não só substitui às regras de competência legislativa por éle formuladas as regras de conflitos de leis formuladas por um legislador estrangeiro, mas até conduz a aplicar a lei estrangeira quando a *lex fori* manda aplicar a lei local, o que aconteceria, por exemplo, na hipótese de se abrir em Portugal a sucessão de um português que deixasse bens imóveis em França, caso em que o princípio levaria à aplicação da lei francesa, quando o direito português manda aplicar a lei portuguesa.

3.º) Porque, perante a actual divergência das regras de conflitos, o princípio conduz a soluções diferentes para a mesma relação jurídica. Assim, supondo que a *lex fori* julga competente a lei nacional para reger a sucessão e que ao mesmo tempo se abrem no país do tribunal duas sucessões, uma de um indivíduo cuja lei nacional manda aplicar a lei do domicílio,

e outra de um segundo indivíduo cuja lei nacional manda aplicar a lei da situação dos bens, o tribunal teria de regular relações jurídicas iguais por leis diferentes, o que é manifestamente absurdo.

d) O princípio da *delimitação de competência* e da *competência subsidiária* foi defendido, entre outros, por Westlake e Arminjon (1) e pode formular-se assim: as regras de conflitos de leis delimitam a esfera de aplicação das leis de direito privado, indicando os elementos de conexão (nacionalidade ou domicílio das pessoas, lugar da situação das coisas ou da celebração dos actos, etc.) que determinam a aplicação destas leis, de modo que as leis de direito privado se aplicam apenas aos factos e relações jurídicas indicadas pelas regras de conflitos de leis; quando uma regra de conflitos de leis manda aplicar uma lei estrangeira, isso significa que a lei local não abrange a respectiva relação jurídica; se uma regra de conflitos de leis do país cuja lei a regra de conflitos da *lex fori* manda aplicar excluir também a relação jurídica em questão da esfera de aplicação das leis desse país, não há uma lei normalmente competente para resolver a questão, e, como o tribunal não pode deixar de julgar, sob pena de denegação de justiça, torna-se necessário atribuir *competência subsidiária* à *lex fori*, aplicando-a ao facto ou relação jurídica em litígio.

Como se vê, esta doutrina baseia-se na inseparabilidade entre o direito interno e o direito internacional privado, no sentido de que todo o sistema de direito interno supõe um sistema de regras de conflitos de leis que delimite a sua esfera de aplicação, declarando Westlake incompreensível um sistema de direito interno que se não baseie num princípio de direito internacional.

Creemos que também esta doutrina não oferece apoio firme à teoria da devolução.

Em verdade, a doutrina atribui igual valor às regras de conflitos de leis da *lex fori* e às regras de conflitos de leis estabelecidas no direito estrangeiro, o que vai de encontro à natureza das regras de conflitos de leis. Estas regras representam para cada Estado o verdadeiro direito internacional, na sua função de delimitar a esfera de aplicação das leis privadas, e por isso é irrecusável que as regras de conflitos de leis de um Estado excluam as regras de conflitos de leis dos outros Estados.

Sendo assim, cai a mesma doutrina inevitavelmente perante a natureza e a função das regras de conflitos de leis.

Uma observação de certo valor pode, porém, aduzir-se em favor da doutrina de Westlake e Arminjon. É esta: a regra de conflitos da *lex fori*, mandando aplicar uma lei estrangeira a deter-

(1) *Annuaire de l'Institut*, XVIII, pág. 35 e 166; *Revue Darras* — de Lapradelle, 1920, pág. 435 e 436.

minadas relações jurídicas, assimila o *preceito* e não apenas o *conteúdo* da lei estrangeira, e por isso a lei estrangeira somente pode ser aplicada às relações jurídicas para que foi estabelecida e não a quaisquer outras. Ora a esfera de aplicação da lei estrangeira é definida pelas regras de conflitos que a acompanham, e portanto a essa esfera de aplicação tem de restringir-se o alcance do preceito da regra de conflitos da *lex fori* (1).

O valor desta observação é meramente aparente.

Em primeiro lugar, se é certo que a *lex fori* manda aplicar a lei estrangeira como *lei*, certo é também que não a manda aplicar com o âmbito que lhe dá a regra de conflitos estrangeira, pela razão simples de que esta regra não existe em face da regra de conflitos da *lex fori*, mas como regime jurídico das relações sociais indicadas pela mesma *lex fori*, por exemplo, como regime dos direitos de família ou dos direitos de sucessão. Com efeito, a *lex fori* tem diante de si os direitos privados e determina que eles devem ser regulados pela lei local ou por uma lei estrangeira, segundo os respectivos elementos de conexão. São estes, e mais nada, que determinam a competência das leis. E, por isso, quando eles atribuem competência à lei estrangeira, esta deve ser aplicada independentemente das regras de conflitos estrangeiras.

Mas, supondo mesmo que a lei estrangeira não podia ser aplicada como *preceito*, só o podendo ser como *conteúdo*, também a *lex fori* só o poderia ser como conteúdo, por a relação jurídica em questão ficar de fora da esfera de aplicação da lei local cujo âmbito de aplicação é determinado pelas regras de conflitos locais, e por isso o tribunal, para obedecer à vontade do legislador, devia converter em preceito o conteúdo da lei estrangeira (2), e não converter em preceito,

(1) Vide Ghirardini, *Rivista di diritto internazionale*, 1919-1920, pág. 514.; conf. supra, n.º 15.

(2) Num estudo recente, que já temos citado, Arminjon pronunciou-se, em princípio, contra a teoria da devolução. Entende, porém, que ela deve ser admitida em dois casos. «A devolução, escreve, deve ser admitida em dois casos e rejeitada nos outros. Eis o primeiro: O sistema jurídico designado pela regra de conflitos ou de conexão não contém disposição positiva a respeito da questão a resolver, mas somente uma regra de conflitos. A lei francesa sujeita o estado e capacidade de um súbdito inglês à sua lei nacional. Ora não existe uma lei britânica positiva sobre este ponto, mas existem leis inglesas, escocesas, anglo-normandas, canadanas, etc. Força é, pois, na impossibilidade de fazer outra coisa, aplicar a legislação designada pela regra de conflitos de leis adoptada no Império britânico e, por exemplo, resolver a questão procurando a solução na lei do domicílio da pessoa de que se trata».

«Eis o segundo: Há sempre lugar à devolução dentro de um sistema jurídico complexo quando as regras de conflitos designam um dos sistemas jurídicos conjuntos que o compõem, no sentido de que a regra positiva ou a regra de competência interna aplicável à questão será fornecida por aquele dos sistemas jurídicos conjuntos que for designado pelas regras de conexão comuns a todos esses sistemas jurídicos conjuntos ou pelas do sistema

contra a vontade do mesmo legislador, o conteúdo dos preceitos da *lex fori*.

d) O princípio da identificação dos preceitos do direito internacional privado e do direito interno para legitimar a teoria da devolução é seguido, entre outros, por Fiore, que expõe assim as suas ideias: «As regras de direito internacional privado formuladas por cada Estado não são verdadeiras regras internacionais, pois, para o serem, deveriam resultar do acordo comum dos Estados, mas regras de direito interno, sem outro efeito que não seja indicar ao juiz territorial a lei que deve reger as questões submetidas à sua decisão. Sendo assim, a questão entra no domínio de todas as questões relativas à autonomia das leis internas em conflito com as leis estrangeiras, que são questões de competência legislativa, isto é, questões que se cifram em determinar quais são as leis de competência territorial, ou leis obrigatórias para todos os indivíduos que se encontrem dentro do território do Estado, e quais as leis de competência pessoal, ou leis que acompanham os indivíduos onde quer que eles se encontrem».

A competência legislativa territorial abrange as coisas e a sua condição jurídica, os direitos do Estado e da sociedade e a segurança dos indivíduos, e a competência legislativa pes-

jurídico dominante. E' assim que, segundo a lei francesa, a capacidade matrimonial de um egípcio é determinada pela lei egípcia. «Que lei egípcia? Há diversas, porque cada um dos sistemas jurídicos pessoais que regem as diferentes categorias de indígenas egípcios estabeleceu sobre este ponto regras especiais. Se consultarmos o Código civil egípcio indígena, aí veremos que «a capacidade relativa ou absoluta é regulada pela lei pessoal da pessoa que contrata» (art. 136.º) Este texto exprime uma das regras gerais de conexão que formam o sistema jurídico complexo do Egipto e unem neste sistema todos os sistemas jurídicos conjuntos que se encontram naquele país. Não é, pois, a lei egípcia que é aplicável, pois que ela não contém disposição alguma sobre o assunto, mas a regra positiva do sistema jurídico conjunto que ela designa. Nos termos do artigo 8.º do Código civil italiano, a sucessão de um súbdito francês deve ser regulada pela lei francesa. Tratando-se de um súbdito mussulmano argelino do rio hanafita, a lei aplicável à sua sucessão deverá ir buscar-se, não ao código civil, mas ao direito mussulmano hanafita. Com efeito, desde que o sistema jurídico complexo é regulado no seu conjunto por normas de conexão que fixam as relações entre os sistemas jurídicos conjuntos que o compõem e os casos em que as suas leis positivas ou de competência interna devem ser applicadas, resulta da natureza das coisas que a questão deve ser resolvida pela applicação de uma dessas leis. O contrário seria as mais das vezes impossível, porque a lei geral e comum que une as pessoas membros do sistema colectivo ordinariamente consta apenas de regras constitutivas e de conexão. Além desta consideração de necessidade material, pode acrescentar-se que os sistemas conjuntos que compõem um sistema colectivo são as partes intimamente ligadas de um todo, de modo que aplicar a lei positiva de um desses sistemas é aplicar a lei do sistema colectivo em que elle entra» (*Revue Darras — de Lapradelle*, 1920, pág. 435 e 436).

Tal é a doutrina de Arminjon, que, nos casos em que admite a devolução, se integra na teoria da delimitação de competência e da competência subsidiária. Qual será o seu valor?

soal compreende os preceitos relativos às pessoas e aos actos jurídicos que têm por base as relações pessoais e às relações de família.

Para organizar a propriedade, a protecção dos direitos do Estado e da sociedade e a segurança dos indivíduos, só o legislador local é competente, e portanto os preceitos de direito internacional privado que determinam a autoridade das leis sobre tais assuntos têm força absoluta e exclusiva para os tribunais, quaisquer que sejam as regras de conflitos de leis formuladas pelos outros Estados.

Para organizar a protecção das pessoas e as relações de família, é racionalmente competente o legislador do país de que os indivíduos são nacionais, e por isso as regras de conflitos que respeitam àquela protecção ou relações devem ceder às regras paralelas do Estado a que pertencem os indivíduos, pois que este Estado é o mais qualificado para determinar a lei pessoal dos seus nacionais. Assim, se o legislador português, por exemplo, manda regular o estado e a capacidade de um inglês domiciliado em Portugal pela lei inglesa, e esta por sua vez os manda regular pela lei do domicílio e, portanto, pela lei portuguesa, o legislador inglês é o mais qualificado para organizar a protecção dos seus nacionais e, por isso, o

Um dos casos de legitimidade da devolução indicados por Arminjon parece-nos incontestável. É o segundo. Se a regra de conflitos da *lex fori* manda aplicar a lei de um país e neste país vigora um sistema jurídico complexo, havendo leis privadas diferentes segundo a raça, a religião, etc. e havendo igualmente preceitos que relacionam as pessoas com cada uma das comunidades jurídicas diferenciadas pela religião, pela raça ou por qualquer outro elemento de diferenciação, a lei de conexão de cada pessoa com a sua comunidade jurídica é um elemento de determinação da lei declarada competente pela *lex fori*, e portanto a sua aplicação é indispensável para fixar, entre as leis vigentes no mesmo país, aquela que é competente para regular a relação jurídica de que se trata. Mas, em rigor, não se trata de um caso de devolução. Trata-se apenas do meio de determinar a lei competente em harmonia com a regra de conflitos da *lex fori*.

Já não pode, porém, reconhecer-se a legitimidade do primeiro caso de devolução admitido por Arminjon, que seria o caso de o sistema jurídico designado pela regra de conflitos da *lex fori* não conter disposição positiva respeitante à relação jurídica de que se trata. Em primeiro lugar, notaremos que, em qualquer sistema jurídico, nunca pode deixar de haver regras positivas reguladoras das relações jurídicas, para haver apenas regras de conexão, aliás deixaria de ser um sistema jurídico. O que pode dar-se é que o sistema jurídico seja complexo sob o ponto de vista territorial, havendo diferentes leis locais para regular as relações jurídicas, o que acontece no Império britânico, onde existe, para grande parte das relações jurídicas, uma lei inglesa propriamente dita, uma lei escocesa, uma lei irlandesa, etc. Se a *lex fori* mandar, por exemplo, aplicar a lei nacional do *de cuius* e este era inglês, ninguém poderá dizer que não existe na Inglaterra uma lei reguladora da successão. O que há são diversas leis inglesas e o que aparece é um novo problema, que consiste em determinar qual a lei inglesa aplicável.

Em segundo lugar, desde que existe, e não pode deixar de existir, como dissemos, no sistema jurídico a que se refere a regra de conflitos da *lex fori*, uma lei reguladora da relação jurídica de que se trata, a *lex fori* só

juiz português deverá aplicar a lei indicada pelo direito inglês» (1).

A doutrina de Fiore é, pois, a devolução limitada às leis de protecção individual, com um aspecto científico que cumpre apreciar.

Semelhante doutrina apoia-se numa confusão que vicia toda a construção do sistema.

Fiore identifica no valor e alcance regras de direito que, se são idênticas na origem formal, são fundamentalmente distintas no seu conteúdo.

A mais ligeira análise mostra que é diferente a regra de direito que, num sistema legislativo, regula, por exemplo, a capacidade das pessoas, e a regra de direito que, na concorrência de diferentes sistemas legislativos, fixa o sistema legislativo competente para regular aquela capacidade.

A primeira regra tem por conteúdo matéria puramente interna, ao passo que o conteúdo da segunda é matéria internacional, enquanto estabelece a coordenação das leis dos diferentes Estados, para o efeito de organizar o regime das relações internacionais de carácter privado.

se cumpre aplicando uma lei desse país, pois é a única lei que o autor da *lex fori* considerou justa. Mas, se é assim, o tribunal não pode aceitar a devolução para a lei de outro país e deve resolver o problema da escolha entre as diferentes leis locais. Como fazer, porém, a escolha?

Se a lei declarada competente pela *lex fori* é uma lei de competência localizada, como a *lex rei sitae* ou a lei do lugar da celebração de um acto jurídico, não pode haver hesitações, a situação das coisas e o lugar da celebração do acto fixam, entre as diferentes leis locais, a lei competente.

Se a lei declarada competente for de competência personalizada, mas a *lex fori* aceitar como lei pessoal a lei do domicílio, também não há dificuldade. Qualquer das leis de um sistema territorialmente complexo só pode ser competente quando o interessado tiver domicílio no respectivo país e a lei local competente é a que vigorar no lugar do domicílio.

A dificuldade limita-se à hipótese de a lei declarada competente ser uma lei de competência personalizada, e a *lex fori* aceitar como lei pessoal a lei nacional, como acontece em Portugal. É o que pode dar-se com a determinação da lei reguladora da capacidade de um inglês domiciliado em Portugal. O artigo 27.º do Código civil manda aplicar a lei nacional. Mas qual é essa lei? A da Inglaterra, a da Escócia, a da Irlanda? Eis todo o problema.

Uma coisa se deve assentar como certa. É que, existindo uma lei nacional e mandando a *lex fori* aplicar a lei nacional, o tribunal só cumpre o seu dever aplicando a lei nacional. E tem um de dois critérios para a determinar, ou o último domicílio do interessado no país de que é nacional, ou a origem, no caso de o mesmo interessado nunca aí ter estado domiciliado. Se a própria lei nacional contiver algum desses critérios para fixar a sua variante local aplicável às pessoas do país, deverá aceitar-se esse critério, pois é um elemento de determinação da lei nacional. Em tal hipótese, reduz-se o presente caso ao caso anterior. Mas, se tal critério, legal ou jurisprudencial, não existir, já notámos que é preferível o critério da origem, por ser o que mais se harmoniza com as razões que dão competência à lei nacional como lei pessoal (Supra, n.º 125).

(1) *Cunet*, 1901, pág. 424 e 681, e *Diritto internazionale privato*, tomo 3.º, pág. 451 e seg.

Mas, se o conteúdo das regras de conflitos de leis é matéria internacional, legislam as mesmas regras sobre matéria própria do direito internacional, sendo apenas por insuficiência da organização jurídica internacional que o Estado formula as mesmas regras, as quais representam para ele e para os seus tribunais o verdadeiro direito internacional. Por isso, o sistema de regras de conflitos formulado por cada Estado, igual ou diferente dos sistemas seguidos nos outros Estados, é o sistema que define a sua posição na sociedade internacional relativamente aos interesses privados, é o único sistema de direito internacional privado existente para os seus tribunais, e é um sistema de preceitos absolutamente imperativos que os mesmos tribunais não podem deixar de cumprir, pela clara razão de que, devendo os princípios de direito internacional privado formulados por um Estado considerar-se como os princípios que seriam sancionados por um legislador realmente internacional e, portanto, como os verdadeiros princípios do direito internacional privado em harmonia com o modo de ser da comunidade dos Estados, seria absurdo que o juiz de um Estado pudesse reconhecer e aplicar preceitos de direito internacional formulados pelos outros Estados, como seria absurda e até incompreensível a aplicação de princípios diferentes dos definidos por um legislador internacional.

Não há, portanto, que distinguir entre preceitos de direito internacional privado *territoriais* e preceitos de direito internacional privado *personais*. Todos são territoriais e todos são igualmente obrigatórios para os juizes. Interpretando do modo que lhe parece melhor as necessidades da vida internacional no que respeita à protecção das pessoas, declara cada Estado a lei mais própria para organizar aquela protecção, e essa lei deve ser considerada pelos juizes como a verdadeira expressão do direito internacional e portanto a única aplicável ⁽¹⁾.

Nem poderá dizer-se que, em matéria de leis pessoais, deve aplicar-se a lei indicada pela regra de conflitos do Estado a que o indivíduo pertence, por ser a êsse Estado que compete

(1) As regras de conflitos de leis, enquanto fixam a competência legislativa de cada um dos Estados, são sempre *regras de direito público*, como ensinam Zitzelman (ob. cit., I, pág. 199) e Anzilotti (*Corso di lezioni*, pág. 94), e não meras *regras não autónomas*, que tiram o seu carácter de regras de direito público ou de direito privado da natureza da lei que mandam aplicar, segundo essa lei é de direito público ou de direito privado, como sustentam Marinoni (*Società commerciali straniere*, pág. 40) e Ferrara (*Diritto civile italiano*, I, pág. 284). Com efeito, as normas de conflitos de leis têm o seu conteúdo próprio, que é delimitar a esfera de aplicação dos sistemas jurídicos dos diferentes Estados, e que entra na esfera do direito público, ao qual cabe certamente estabelecer os processos de formação das leis e medir o campo da sua aplicação. Mas, se as regras de conflitos são de direito público, não podem ser preteridas por normas diferentes do direito estrangeiro, e a doutrina afirmada no texto torna-se, também sob êsse ponto de vista, irrecusável.

a protecção do mesmo indivíduo e, portanto, indicar a sua lei pessoal, como lei da sua protecção nas relações internacionais: 1.º) porque não organiza evidentemente a protecção dos seus nacionais um Estado que, em vez de lhes mandar aplicar a sua lei, os entrega ao acaso da lei do domicílio ou da lei do lugar da celebração dos actos jurídicos; 2.º) porque, se ao Estado pertence a protecção dos seus nacionais, o que é lógico é que se considere a protecção por ele efectivamente organizada nas suas leis, e não se considerem as leis dos outros países que se não destinam a proteger os estrangeiros, mas os nacionais desses países.

160 — A teoria da devolução teve origem na jurisprudência e influenciou mais ou menos intensamente os tribunais dos dezasseis países seguintes — Alemanha, Bélgica, Canadá, Egipto, Espanha, Estados Unidos, França, Grécia, Holanda, Inglaterra, Itália, Luxemburgo, Portugal, Suíça, Tunísia e Venezuela ⁽²⁾. Importa, por isso, estudar o alcance desta aceitação jurisprudencial da teoria, para medir a importância que deve atribuir-se-lhe na sua apreciação crítica.

Não foi ainda feito o inventário completo das decisões judiciais em que têm sido resolvidos conflitos de leis de direito internacional privado. Em 1915 fez, porém, Potu um inventário aproximado, relativo aos dezasseis países acima citados, analisando 275 decisões sobre aquela espécie de conflitos, das quais 190 se pronunciaram formalmente sobre a questão, sendo 150 favoráveis e 40 contrárias à teoria da devolução.

Êstes números, só de per si, pareciam indicar que a tendência geral da jurisprudência é uma clara consagração da teoria da devolução e uma condenação da teoria da referência à lei interna estrangeira. Contudo, se examinarmos de perto os dados daquele inventário, verificaremos que a grande maioria dos julgados favoráveis à teoria da devolução não são fundamentados, e que os julgados contrários são sempre motivados e por vezes largamente fundamentados, o que mostra que a corrente geral da jurisprudência não abaixa o critério dos tribunais que se convencem da falsidade da teoria. Nem é de esquecer, como nota Barin, que, se a maioria dos julgados consagra o sistema da devolução, o número dos que o repelem não é insignificante e que a estatística das decisões judiciárias não vale uma boa razão a favor ou contra o mesmo sistema ⁽²⁾.

Também a teoria da devolução tem sido reconhecida em algumas leis internas e em alguns tratados, importando medir o seu valor sob êsse ponto de vista.

(1) Potu, ob. cit., pág. 14 e seg.

(2) Ob. cit., pág. 88 a 91.

A primeira lei interna onde se viu uma regra de devolução foi o código civil do cantão de Zurich de 1854, imitado pelos códigos dos cantões de Zuch de 1861 e de Schaffhausen de 1864 e pelo novo código do cantão de Zurich de 1887, e cujos artigos 2.º e 3.º determinavam que aos estrangeiros seria garantida a aplicação do direito do seu país, quanto às qualidades da pessoa (estado), quanto às relações de família e quanto às sucessões, *se assim o prescrevesse a lei do Estado a que pertencessem*. A aplicação aos estrangeiros da lei nacional ficava assim dependente das regras de conflitos da mesma lei nacional.

Ainda uma regra de devolução tem sido vista na lei federal suíça de 25 de junho de 1891, na disposição, que já conhecemos, em que se determina que, se aos suíços domiciliados no estrangeiro, não for aplicável, segundo a lei estrangeira, o direito estrangeiro, lhes será aplicado o direito do cantão de origem, o que supõe a hipótese de a lei suíça reconhecer, em princípio, a competência da lei estrangeira para reger as relações jurídicas dos cidadãos suíços sujeitas à lei pessoal, e a legitimidade de a lei estrangeira se declarar a si mesma competente, e, por isso, equivale a uma regra de devolução.

Depois desta lei suíça, foi formulada uma regra de devolução pela conferência da Haia de 1893 a respeito do direito de contrair casamento, nestes termos: *O direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, a não ser que esta lei se refira à lei do domicílio ou à lei do lugar da celebração* (1).

Esta regra de devolução foi imitada, logo no ano seguinte, pela lei húngara XXXI de 1894, cujos artigos 108.º e 111.º determinaram que a validade do casamento seria regulada, quanto à idade e à capacidade, exclusivamente pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, a não ser que esta lei prescreva a aplicação de outra lei.

A lei alemã de 1896 (art. 27.º) e a lei japonesa de 1898 (art. 30.º) consagraram a legitimidade da devolução para a lei alemã ou japonesa, nos termos que já conhecemos (2).

Na convenção da Haia de 1902 sobre as condições de validade do casamento, foi estabelecida uma regra de devolução semelhante à votada pela conferência de 1893, mas com a fórmula que lhe deu a conferência de 1900, que é esta: «o direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, a não ser que uma disposição dessa lei se refira expressamente a outra lei».

Este preceito da convenção foi imitado pela lei sueca de 8 de julho de 1904 relativa ao casamento, cujo artigo 2.º, atri-

buindo competência à lei nacional para regular o direito de contrair casamento, acrescenta «que, sendo permitida pela lei nacional a aplicação de outra lei, será aplicada essa outra lei».

Eis os termos em que o princípio da devolução tem sido admitido no direito positivo. Qual o alcance e o valor desta consagração do mesmo princípio nas leis internas e na convenção da Haia?

É ainda pouco como facto, mas já é alguma coisa como elemento perturbador da organização do direito internacional privado e indicador da necessidade de uniformizar as regras de competência legislativa.

Em verdade: a lei suíça, a lei alemã e a lei japonesa apenas reconhecem a devolução para a *lex fori*, o que mais parece uma tendência territorialista do que a intenção de sancionar o princípio da devolução; as conferências da Haia limitaram a aceitação da teoria da devolução ao direito de contrair casamento e, mesmo nesse ponto, foi pelo duplo motivo de oportunidade de facilitar a assinatura da convenção pelos Estados que reconhecem como lei pessoal a lei do domicílio e de assegurar a validade do casamento, e não por considerarem a teoria da devolução como uma teoria verdadeira (1); e o direito húngaro e sueco restringem a teoria ao direito de contrair casamento. Ora tudo isto fica muito longe da consagração geral pelas legislações, e da aceitação plena por aquelas que a admitem, da teoria da devolução. Mas, até onde foi admitida, já obsta sensivelmente a teoria à organização das regras de conflitos de leis em harmonia com o princípio da comunidade de direito, que exigiria a indicação precisa da lei adequada à natureza das relações jurídicas.

A teoria da devolução tem sido acolhida como um remédio do próprio mal que a tornou possível, qual é a divergência das regras de conflitos de leis nos diversos países. Semelhante remédio, que também é um mal, não pode, porém, deixar de ser provisório, vindo extirpá-lo de vez a uniformização geral das regras de conflitos de leis, uniformização que a Sociedade das nações deverá promover eficazmente (2).

(1) *Actes*, de 1900, pág. 169; *Documents*, de 1900, pág. 182.

(2) A teoria da devolução tem-se propagado no direito positivo pela imitação. Das conferências da Haia passou, como vimos, para a lei húngara e para a lei sueca, da lei alemã passou claramente para a lei japonesa, e foi, segundo nos parece, da lei alemã que passou, quanto à lei reguladora da capacidade cambiária, para o artigo 74.º da convenção sobre a letra de câmbio, de 25 de julho de 1912, elaborada pelas conferências da Haia de 1910 e 1912 (*Protocole de clôture*, pág. 31), e recentemente para o projecto polaco, que a aceita com uma generalidade como ela não tinha sido aceita até hoje (art. 37.º).

Para o conhecimento completo da questão dos conflitos de regras de competência legislativa, que apenas pudemos expor nas suas linhas gerais, remetemos o leitor, sobretudo, para a monografia de Potu, já citada, — *La question du renvoi*, que esgota o assunto sob todos os pontos de vista.

(1) *Actes*, de 1893, *Protocole final*, pág. 1.

(2) *Supra*, pág. 379 e 382.

161 — Não há no direito português disposição alguma que *formalmente* aceite ou rejeite a teoria da devolução. Sendo assim, o que deixamos dito acêrca desta teoria, quer do seu valor como teoria de interpretação das leis de direito internacional privado, quer da sua subsistência em face da missão dos legisladores ao formularem preceitos sobre direito internacional, seria porventura suficiente para demonstrar que o princípio da devolução é repellido pelas nossas leis, e que os tribunais portugueses devem interpretar estas leis, quando mandem aplicar o direito estrangeiro, como remetendo para as leis estrangeiras nas suas disposições de direito interno e não nas suas disposições de direito internacional privado.

E assim o tinha entendido unânimemente até há pouco tempo a jurisprudência dos nossos tribunais, que sempre haviam interpretado as nossas leis sobre direito internacional privado como remetendo para o direito interno estrangeiro.

Todavia, numa questão relativamente recente e muito célebre sobre a determinação da lei reguladora da capacidade testamentária de um súbdito inglês, ou assim considerado, domiciliado em Portugal, foi, pelo juiz de 1.^a instância, proferido um despacho que claramente applicou a teoria da devolução (1).

A lei portuguesa manda regular a capacidade dos estrangeiros (Código civil, artigo 27.^o), e, conseguintemente, a sua capacidade testamentária, pela lei do seu país. Tratando-se de um inglês, a capacidade de testar deverá, por isso, ser regulada pelo direito inglês. No direito inglês existe, porém, a par com o preceito de direito interno que estabelece o princípio da *liberdade testamentária*, o preceito de direito internacional privado que manda regular a capacidade pessoal e a sucessão mobiliária pela *lei do domicílio*. Se, pois, se aceitar a teoria da devolução, a sucessão de um inglês domiciliado em Portugal será regulada pela lei portuguesa. Assim julgou o douto magistrado.

Cremos, porém, que o primeiro julgado português que aceitou a teoria da devolução não deu às nossas leis a sua verdadeira interpretação.

Deixando os fundamentos puramente doutrinários do julgado, mais ou menos moldados nas razões que têm sido formuladas em favor da devolução, e que já apresentámos e combatemos, apreciaremos os fundamentos em que o mesmo julgado baseia a doutrina da devolução em face do direito português. Eis essa passagem do despacho:

«E não temos de apreciar sob o ponto de vista exclusivamente doutrinário o valor da teoria do *reenvio*, mas sim e

principalmente o valor que possa ter perante as disposições da nossa legislação; — ora não somente não é repelida pelas nossas leis, mas, ao contrário, pode considerar-se reconhecida na disposição do n.^o 4.^o do artigo 22.^o do Código civil, e ainda ultimamente foi aceite por nós numa das convenções da Haia, a relativa ao casamento, convenção já aprovada por lei de 20 de dezembro de 1906, e confirmada e ratificada por carta de 7 de fevereiro do corrente ano (1907). E se para um caso é admitida como questão de interpretação de direito internacional privado, o deve ser para todos, como foi expressamente admitida pela lei de introdução do código civil alemão no seu artigo 27.^o, que decidiu que devia applicar-se a lei interna, quando o direito estrangeiro desisise em seu favor».

É para nós evidente que a teoria da devolução não é de modo algum reconhecida no n.^o 4.^o do artigo 22.^o do Código civil, onde se diz:

«Artigo 22.^o Perde a qualidade de cidadão português:

4.^o A mulher portuguesa que casa com estrangeiro, salvo se não for, por esse facto, naturalizada pela lei do país do marido».

Semelhante disposição teve por fim evitar que a mulher ficasse sem nacionalidade. Não se trata claramente de um caso em que a lei portuguesa *remeta* para a lei estrangeira para que esta determine a nacionalidade da mulher portuguesa que case com estrangeiro, e em que a lei estrangeira *devolva* para a lei portuguesa, mas sim de um caso de *persistência* da nacionalidade portuguesa, para a mulher não ficar sem nacionalidade.

O argumento derivado do artigo 1.^o da convenção da Haia sobre o casamento, de 12 de junho de 1902, é infeliz, pois é certo: 1.^o) que a conferência de 1900, pela qual foi elaborado o projecto daquela convenção, rejeitou a teoria da devolução como princípio geral do direito internacional privado, e apenas a aceitou como meio de transacção entre o sistema da lei nacional e o sistema da lei do domicílio ou o sistema da *lex loci*; 2.^o) que em mais nenhuma das convenções relativas ao estatuto pessoal, como a separação e divórcio, a tutela, a interdição, efeitos do casamento e sucessões, foi reconhecida semelhante teoria, e, assim, a regra de devolução da convenção de 1902 tem carácter *excepcional* e, portanto, não pode servir de elemento de interpretação das nossas leis; 3.^o) que a própria convenção constituiu direito *especial*, o que, por seu lado, já indicava que as suas disposições não podiam basear a analogia na interpretação do direito português; 4.^o) e que, se os Estados signatários da convenção, e portanto Portugal, julgaram necessária naquele caso especial uma regra de devolução, foi certamente porque estavam convencidos de que a teoria da devolução não era aceita pelo direito de cada um dos mesmos Estados.

Nenhum valor pode ter igualmente o exemplo tirado do artigo 27.^o da lei de introdução do Código civil alemão, pela

(1) Despacho determinativo da partilha, de 6 de abril de 1907, proferido no inventário de D. Mary Ana Davidson (na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 40.^o, n.^o 1728, pág. 335).

razão simples de que o legislador alemão, formulando expressamente uma regra de devolução quanto à aplicação da lei pessoal, mostrou que, sem essa regra, os tribunais alemães não aplicariam a teoria da devolução e que, por isso, o princípio da devolução não é um princípio informador do regime jurídico internacional das relações privadas, mas só como princípio excepcional pode existir nêsse regime, não sendo de esquecer que a lei alemã apenas admite a devolução para o direito germânico, o que acaba de tirar qualquer valor à invocação do seu preceito.

Demais, não é verdade que as leis portuguesas não repilam a teoria da devolução. Repelam-na absolutamente, como no-lo vai mostrar a análise de alguns preceitos em que se estabelecem regras de direito internacional privado.

Os preceitos que, entre nós, formam regras de conflitos de leis formam três grupos: uns mandam aplicar a lei portuguesa, como acontece com o artigo 24.º do Código civil, que manda regular pela lei portuguesa o estado e capacidade dos portugueses que viajam ou residam em país estrangeiro, bem como a sua propriedade imobiliária sita no reino; outros mandam aplicar a lei estrangeira, como o artigo 27.º do mesmo código, que manda regular o estado e capacidade dos estrangeiros pela lei do seu país; outras, finalmente, limitam-se a estabelecer a competência das leis atendendo aos elementos de conexão das relações jurídicas com essas leis, as quais, por isso, tanto podem ser portuguesas como estrangeiras, como acontece, por exemplo, com o artigo 143.º do regulamento consular, que manda regular o direito de contrair casamento pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, e com o artigo 1107.º do Código civil, que manda regular o regime de bens dos cônjuges pela lei nacional do marido.

É evidente que, quando a regra de conflitos manda aplicar a lei portuguesa, se refere à lei portuguesa de direito interno, aliás a regra de conflitos tinha de referir-se a si mesma, o que não podia ter sentido algum. O artigo 24.º do Código civil, mandando regular o estado e capacidade dos portugueses pela lei portuguesa, não se refere a si mesmo artigo 24.º, mas aos preceitos da lei portuguesa que regulam o estado e capacidade. Mas, se assim é, também se torna evidente que, quando o legislador manda aplicar a lei estrangeira, igualmente se refere às suas disposições de direito interno, pois é natural supor que, em preceitos correspondentes e que se completam, quisesse exprimir ideias recíprocas. A lei do país estrangeiro a que se refere o artigo 27.º não pode, por isso, deixar de ser a lei interna estrangeira, já que a lei portuguesa a que se refere o artigo 24.º é também a lei interna.

Quando os preceitos são genéricos, como o artigo 143.º do regulamento consular e o artigo 1107.º do Código civil, a lei competente para reger a relação jurídica tanto pode ser por-

tuguesa como estrangeira. Mas, se é lei portuguesa, é lei interna fatalmente; e, porque o preceito deve ter sempre o mesmo alcance, quer a lei competente seja portuguesa, quer seja estrangeira, é forçoso concluir que, quando é estrangeira, é também lei interna.

Parece-nos, pois, irrecusável que o direito português repele a teoria da devolução, a qual não poderá ser seguida em tribunais portugueses.

E hoje existe um nôvo e valioso argumento. — É o que deriva do facto de o artigo 143.º do regulamento consular haver assimilado claramente a primeira parte do artigo 1.º da convenção da Haia, que manda regular o direito de contrair casamento pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, e não assimilar a segunda parte, em que se estabeleceu a conhecida regra de devolução, claro sinal de que o legislador considerou a devolução contrária ao direito português (1).

III

162 — A publicação do Código civil alemão chamou a atenção dos juriconsultos para o problema da determinação dos limites de tempo das normas de conflitos de leis, levantando-se viva discussão sobre se tais normas devem aplicar-se imediatamente, isto é, se devem ter efeito retroactivo, ou se, pelo contrário, deve dominá-las e em que termos o princípio da não retroactividade.

A questão pode formular-se assim: sendo estabelecidas em qualquer país normas novas de conflitos, deverão estas aplicar-se imediatamente para determinar a lei reguladora de todas as relações jurídicas, ou deverá haver limites de tempo quanto à sua aplicação?

Para a resolver foram formuladas diferentes teorias, que Anzilotti reduz a duas fundamentais: — a) teoria da retroactividade; — b) teoria da não retroactividade

a) A teoria da retroactividade é defendida por Niedner. Segundo êste escritor, porque as disposições de direito internacional privado são de direito público e porque é regra de direito transitório que as leis de direito público, quando não haja disposição expressa em contrário, são retroactivas, deve concluir-se que as normas de direito internacional privado se aplicam retro-

(1) Sobre a literatura jurídica portuguesa acêrca da teoria da devolução, vide: Dr. Teixeira de Abreu, ob. cit., n.ºs 35 e 36; Dr. J. Alberto dos Reis, ob. cit., pág. 128 e seg.; *Herança Davidson — Lei reguladora da sucessão, segundo o direito português e o direito inglês*, Lisboa, 1907; *Herança Davidson — Lei reguladora desta sucessão*, Lisboa, 1908.

activamente, devendo por elas resolver-se todos os conflitos que, depois da sua entrada em vigor, se apresentem ao exame do magistrado.

O raciocínio de Niedner, embora aparentemente lógico, não é fundamentalmente verdadeiro, e a sua doutrina foi vivamente impugnada, entre outros, por Zitelmann, Cavaglieri e Anzilotti.

Se é exacto que em direito público a retroactividade das leis é mais freqüente que em direito privado, não poderá estabelecer-se o princípio absoluto da que as leis de direito público são sempre retroactivas, mas deverá essa retroactividade ser limitada pelos casos em que do direito público resultem, para os indivíduos, situações jurídicas que revistam as características de direitos adquiridos.

Mas, como bem nota Anzilotti, a teoria de Niedner baseia-se num equívoco, pois Niedner julga afirmar a retroactividade das normas de conflitos de leis, e afinal afirma a retroactividade das normas de direito interno. Em verdade, o efeito das novas normas de conflitos é substituir uma nova norma de direito interno a outra na regulamentação de uma relação jurídica, por exemplo, a substituição da lei nacional à lei do domicílio na regulamentação da sucessão legítima. Se, por isso, se considerar como tendo efeito retroactivo a norma que manda regular a sucessão pela lei nacional do autor da herança, quando anteriormente a sucessão era regulada pela lei do domicílio do mesmo autor da herança, a consequência será dar efeito retroactivo à lei nacional como lei de direito interno reguladora da sucessão; isto é, a doutrina de Niedner iria contrariar o princípio da não retroactividade das leis de direito privado, e tão longe nunca poderia ir certamente o princípio da retroactividade das normas de conflitos de leis.

163 — b) A consequência injusta a que conduzia a teoria de Niedner fez com que prevalecesse na doutrina e na jurisprudência a teoria da *não retroactividade*.

A teoria da não retroactividade das normas de conflitos ainda oferece duas variantes, segundo pretende, ou 1.^o) formular regras especiais de direito internacional privado transitório, ou 2.^o) submeter as normas de conflitos aos princípios gerais do direito transitório comum.

1.^o) A primeira variante deve-se a Kahn na Alemanha e a Cavaglieri na Itália.

Segundo Kahn, uma nova norma de conflitos deve aplicar-se para determinar a lei reguladora de uma relação jurídica quando esta não tenha tido, antes de entrar em vigor aquela norma de conflitos, qualquer conexão com a ordem jurídica territorial, que, segundo as antigas regras de conflitos, submetesse a mesma relação jurídica às leis do Estado local. Se, por isso, tal conexão não tiver existido ou se, segundo a velha norma de conflitos, era aplicável o direito estrangeiro,

pela nova norma de conflitos se determinará a lei reguladora da relação jurídica. Se, ao contrário, tal conexão se tiver dado e à relação jurídica devesse aplicar-se, por força da antiga norma de conflitos, a lei local, a nova norma de conflitos não deve ter efeito retroactivo.

E assim, para Kahn, também em direito internacional privado há *direitos adquiridos*, mas só quando, segundo as normas de conflitos vigentes num determinado país, esteja fixada a competência das leis desse país para regular uma dada relação jurídica, ao tempo em que for promulgada uma nova norma de conflitos.

Cavaglieri concorda, fundamentalmente, com o internacionalista alemão, julgando necessário, para existir um direito adquirido em direito internacional privado, que, antes da vigência de uma nova norma de conflitos de leis num país, tenha havido um ponto de contacto entre a relação jurídica e a legislação desse país. Modifica, contudo, em dois pontos a teoria de Kahn. Em primeiro lugar, entende que deve prevalecer a antiga norma de conflitos mesmo quando, segundo o seu preceito, a relação jurídica devesse ser regulada por uma lei estrangeira, exigindo apenas que, antes da vigência da nova norma de conflitos, tenha existido qualquer elemento de conexão entre a relação jurídica e a legislação local, embora esse elemento de conexão não fosse o elemento decisivo da competência da lei. Depois, é de opinião que, havendo a indispensável conexão entre a relação jurídica e a legislação local, deverá recorrer-se aos princípios do direito transitório próprios do direito comum, não segundo uma regra absoluta, mas pela força natural da analogia, para verificar se há ou não há direitos adquiridos que devam ser respeitados.

¿ Que pensar das doutrinas de Kahn e Cavaglieri?

A doutrina de Kahn é visivelmente unilateral e incompleta, pois não respeita a competência da lei indicada pela antiga norma de conflitos, quando aquela lei seja estrangeira, esquecendo que, diante da antiga norma de conflitos, tão justa era a aplicação da lei nacional como a aplicação da lei estrangeira.

A doutrina de Cavaglieri, embora mais completa, também não é aceitável, por virtude da sua indeterminação e do hibridismo de critérios que apresenta. É o próprio autor que afirma que o seu princípio da conexão entre a relação jurídica e a lei local não representa um critério absoluto para determinar se há ou não direito adquirido e, por isso, recorre à aplicação, por analogia, dos princípios gerais do direito transitório comum (1). A confessada insuficiência da doutrina e a sua combinação com princípios estranhos decidem por certo da sua rejeição.

(1) Cavaglieri, *Diritto internazionale privato e diritto transitorio*, 1904, pag. 116.

2.º) A segunda variante da doutrina da não retroactividade decide-se pela aplicação dos princípios gerais do direito transitório comum.

Segundo Zitelmann, os princípios do direito transitório comum devem aplicar-se *por analogia* na determinação dos limites de tempo das regras de conflitos de leis.

Segundo Diena, a questão da aplicação da antiga ou da nova regra de conflitos de leis deve resolver-se pura e simplesmente segundo o princípio do respeito dos direitos adquiridos. A doutrina de Diena é assim formulada: «Quando, segundo os princípios gerais, ou por disposição expressa de uma lei transitória, se puder afirmar que existe um direito adquirido a que uma dada relação jurídica seja regulada por uma lei anteriormente em vigor, esta deverá ser aplicada não só nas suas disposições de direito interno, mas também nas suas disposições de direito internacional privado. Inversamente, quanto às relações jurídicas que, segundo os princípios do direito transitório que o juiz deve observar, não podem ser regidas por uma lei revogada, deve recorrer-se ao direito internacional privado actualmente em vigor».

A doutrina de Zitelmann é insubsistente, pois não existe identidade de natureza entre as normas de conflitos de leis e as normas de direito interno, para se poderem aplicar, por analogia, à determinação dos limites no tempo da autoridade das regras de conflitos os princípios que regulam a aplicação no tempo das normas de direito interno. As normas de conflitos são *normas de aplicação* e as normas de direito interno são *normas de regulamentação*, e por isso mesmo as duas ordens de normas são heterogêneas, não podendo subordinar-se umas às regras que dominam as outras. Só formalmente os dois grupos de normas se aproximam; no fundo são inteiramente distintas, e por isso não poderá submeter-se a regras iguais o limite da sua autoridade no tempo.

Não é mais procedente a doutrina de Diena. Fala-nos este autor em direito adquirido à aplicação de uma determinada lei, o que, segundo observa Anzilotti, é um contrasenso. O direito adquirido é um direito subjectivo e só pode ser constituído por força da lei competente para regulá-lo, e as normas de direito internacional privado, como normas de aplicação, são meramente formais, tendo por objecto, não as relações jurídicas entre os indivíduos, mas as leis reguladoras destas relações.

164—Recentemente formulou Anzilotti uma nova teoria acerca da aplicação das regras de conflitos no tempo, que destacamos das demais teorias, não só por ver a questão sob um aspecto novo, mas por nos parecer que tal teoria resolve a mesma questão em harmonia com a verdade científica.

Segundo aquele autor, não existe um problema independente da retroactividade das normas de conflitos de leis. A su-

cessão destas normas no tempo apenas faz surgir em caso particular do problema ordinário da retroactividade das leis, que deve ser resolvido pelos mesmos princípios por que se resolve qualquer problema de direito transitório.

Começa Anzilotti por notar que, quando a uma norma de conflitos se substitui uma outra, «o único efeito que verdadeira e imediatamente daí deriva é o de uma diversa competência legislativa em ordem a uma dada categoria de factos ou de relações jurídicas. Até o momento em que entrou em vigor a nova norma, os factos ou relações de que se trata dependiam da lei *A*; d'este momento em diante, dependem da lei *B*; eis o único e verdadeiro significado da mudança realizada».

«Se as relações, continua, reguladas pela lei *A* começaram e se extinguiram sob o império desta, não surge problema algum de direito transitório; o mesmo se dirá quanto às relações que nascem e se extinguem sob o império da lei *B*. Ao contrário, o problema aparece quanto às relações que, começando sob o império da lei *A*, continuam a subsistir e a produzir efeitos depois que a elas se tornou aplicável a lei *B*. Mas é porventura este um problema de retroactividade ou de irretroactividade da norma que substituiu a lei *A* pela lei *B* na regulamentação daquelas relações? Por pouco que se pense, creio que se responderá imediatamente que não. O efeito da norma foi unicamente o de substituir uma lei a outra na regulamentação daquelas relações: se depois elas recaem sob o império da lei nova ou permanecem sob o império da lei velha, não é questão que o direito internacional possa resolver; é o problema puro e simples da retroactividade da lei, o mesmo problema que surge quando, no Estado, é promulgada uma lei nova que substitui uma lei diversa. O facto é sempre uma mudança da lei reguladora de certas relações: esta mudança advém, num caso, da promulgação de uma lei nova em substituição da antiga e, no outro, da declaração de que certas relações, reguladas por uma dada lei, recairão para o futuro sob o império de uma lei diversa; mas o facto jurídico é idêntico e idêntico o problema que dele deriva. E não é um problema de retroactividade das normas dos conflitos; este problema, propriamente falando, não existe, porque é excluído pela natureza daquelas normas; mas um problema da retroactividade da lei reguladora da relação, enquanto se substitui a lei que a regulava num momento anterior».

«O juiz, conclui, chamado a decidir uma controvérsia, deve, portanto, determinar a lei aplicável em face da regra de conflitos actualmente em vigor; isto deriva do carácter particular e meramente formal das normas da aplicação; neste sentido pode falar-se, com Niedner, da retroactividade destas normas. Mas o juiz não pode naturalmente, e eis o erro de Niedner, desconhecer o facto de que as normas entraram em vigor a partir de um dado momento, antes do qual existiam outras com plena eficácia jurídica; e eis então, mas só então, o problema

de retroactividade que o juiz deve resolver, segundo as regras do direito transitório». E as regras de direito transitório a aplicar serão logicamente as estabelecidas pela lei que for competente para regular a relação jurídica em harmonia com a actual regra de conflitos, pois que o reconhecimento dos direitos adquiridos em virtude de uma lei anterior representa a realização de um princípio de justiça, de que só a lei de novo declarada competente para regular a relação jurídica pode e deve determinar as manifestações concretas (1).

Tal é a doutrina de Anzilotti.

Em nosso entender, o eminente professor viu o problema à sua verdadeira luz.

A promulgação de uma nova norma de conflitos representa, efectivamente, a substituição de uma lei de direito interno reguladora de uma dada ordem de relações jurídicas por outra lei de direito interno reguladora da mesma ordem de relações jurídicas, isto é, a promulgação de uma norma de conflitos faz com que se sucedam no tempo diversas leis de direito interno. Portanto, o problema a resolver consiste, como no caso de ser modificado o direito interno de um país, em saber quando deve aplicar-se a *velha* ou a *nova* lei de direito interno, o que só poderá conseguir-se com a teoria geral do direito transitório, aplicando o princípio dos direitos adquiridos, ou qualquer outro que acaso aceitem as legislações. E, assim, se, pela antiga norma de conflitos, a sucessão era regulada pela lei do domicílio e, pela nova norma de conflitos, o fica sendo pela lei nacional, o problema consistirá em determinar, na hipótese de ser aceito, como princípio de direito transitório, o princípio dos direitos adquiridos, se já havia ou não havia, para os herdeiros, direito adquirido à sucessão ao tempo da promulgação da nova regra de conflitos. Se os herdeiros já tinham adquirido direito à sucessão, será esta regulada pela lei do domicílio, em harmonia com o princípio de direito transitório de que os efeitos de uma relação jurídica já constituída devem ser regulados pela lei que presidiu à sua constituição; se não há direito adquirido à sucessão, mas uma simples expectativa, aplicar-se há a lei indicada pela nova regra de conflitos, pois é essa a *lei nova* e, naturalmente, aplicável a todas as relações que sob a sua vigência se constituem e produzem efeitos.

Até aqui consideramos a doutrina de Anzilotti inteiramente rigorosa. O seu rigor torna-se, porém, duvidoso no que respeita à determinação das regras de direito transitório aplicáveis para verificar se é competente a antiga ou a nova lei de direito interno. Decide-se o autor pelas regras da lei nova. A nós parece-nos, porém, que não deve recorrer-se nem aos princípios da lei nova, nem aos princípios da lei velha. Entendemos que o juiz deve

aplicar os princípios da *lex fori*: 1.º) porque a competência da lei nova ou a competência da lei velha depende de se determinar primeiro se se trata de uma relação jurídica definitivamente constituída ou de um simples poder legal realizável mas ainda não realizado, e o critério para estabelecer essa distinção não pode ir buscar-se à lei velha ou à lei nova, que são normas de regulamentação de relações jurídicas, e não normas de sucessão das regras de direito; 2.º) porque o critério a aplicar em cada país deve ser sempre o mesmo, e se o fôssemos buscar à lei nova ou à lei velha, podia ser ora igual ora diferente do critério estabelecido pela *lex fori*, e daí resultaria que a mesma situação jurídica podia ser considerada ora como definitivamente constituída, e portanto sujeita à lei velha, ora como simples poder objectivo, e portanto sujeita à lei nova, o que redundaria praticamente numa injustiça; 3.º) porque as normas que, em cada país, regulam a sucessão das regras de direito devem traduzir um princípio fundamental de justiça e revestir por isso o carácter de leis de ordem pública; 4.º) porque as regras de conflitos que modificam a competência das leis reguladoras das relações jurídicas, substituindo, por exemplo, a lei do domicílio pela lei nacional para reger a sucessão, por isso mesmo que dão lugar a um caso de sucessão de regras de direito interno, supõem, para a sua aplicação, regras de direito transitório, e essas regras de direito transitório devem ir buscar-se sempre à *lex fori*, e nunca a qualquer lei estrangeira, pois, assim como não podem ir buscar-se às leis estrangeiras as regras de conflitos de leis, também a essas leis não podem ir buscar-se as regras de direito transitório que condicionam a aplicação das mesmas regras de conflitos de leis (1).

IV

165—A aplicação da lei normalmente competente para reger uma relação jurídica pode ser desviada por um processo fraudulento e, por isso, importa determinar em que termos pode aparecer e deve ser resolvido o problema da fraude à lei em direito internacional privado.

De um modo geral, pode dizer-se que há fraude à lei sempre que as circunstâncias de facto de que depende a aplica-

(1) Sobre a questão da sucessão das regras de conflitos, vide: Cavallieri, ob. cit., pág. 91 e seg.; Anzilotti, *La questione della retroattività delle regole di diritto internazionale privato*, na *Rivista di diritto internazionale*, 1907, pág. 120 e seg.; Diena, *De la retroactivité des dispositions législatives de droit international privé*, em *Clunet*, 1900, pág. 925, e *Diritto internazionale privato*, n.º 106.

(1) *Rivista di diritto internazionale*, II, pág. 129 a 131.

ção da regra de direito são desfiguradas de modo tal, que, dando-se o respeito aparente da letra da lei, se dá a violação real do conteúdo da mesma lei.

As leis têm muitas vezes por fim ou proibir determinados actos ou fixar a forma precisa que esses actos hão de revestir. Assim, pode a lei proibir a doação integral de bens a quem tem filhos ou pode determinar que as doações de bens imóveis superiores a certa quantia sejam feitas por escritura pública.

Para fugir à proibição ou ao rigor formal da lei, sem querer ao mesmo tempo assumir directamente a responsabilidade de a violar, podem os indivíduos combinar as circunstâncias de facto por tal maneira, que, consideradas as coisas na sua aparência, a situação de facto não recai sob a proibição ou sob o rigor formal da lei. Assim, se a lei proibir a doação integral dos bens a quem tem filhos, mas permitir a venda dos mesmos bens e a liberalidade se disfarçar numa venda, é aparentemente respeitado o preceito que proíbe a doação, mas na realidade esse preceito foi infringido mediante um procedimento fraudulento. O mesmo acontece, por exemplo, quando se vendem ou doam por documento particular bens imóveis do valor de mil escudos, declarando-se que o valor dos bens é de quarenta escudos.

Estes processos de evitar a proibição ou o rigor formal da lei não são possíveis apenas no domínio do direito interno, mas podem também aparecer na esfera de acção do direito internacional privado, colocando-se as pessoas nas circunstâncias de facto ou de direito que determinam a aplicação da lei de um país que permita actos proibidos pela lei de outro país ou que regule a sua celebração de um modo menos rigoroso. Assim, enquanto a lei portuguesa proíbe fazer convenções nupciais na constância do matrimónio, proíbe a quem tem descendentes ou ascendentes dispor de todos os seus bens por testamento e preceitua que a doação de bens imobiliários deve ser feita por documento autêntico, a lei suíça permite fazer convenções nupciais na constância do matrimónio (Cód. civil suíço, art. 179.º), a lei inglesa reconhece a plena liberdade de testar, e a lei sueca permite que as doações de bens imóveis possam ser sempre feitas por escrito particular, qualquer que seja o valor dos bens (1).

Ora, uma vez assente que o direito de fazer convenções nupciais na constância do matrimónio é regulado pela lei nacional dos cônjuges, que a amplitude da liberdade de testar é regulada pela lei nacional do testador, e que a forma externa dos actos é regulada pela lei do lugar da celebração, bem pode ser que os cidadãos portugueses ou se naturalizem em país estrangeiro para, à sombra de uma nova lei nacional, fazerem

convenções nupciais na constância do matrimónio, ou disporem integralmente de seus bens, embora tenham descendentes ou ascendentes, ou vão celebrar actos jurídicos num país cuja lei exija menor rigor formal que a lei portuguesa, como acontece com a lei sueca relativamente ao contrato de doação.

Sendo assim, aparece naturalmente a questão sobre se as convenções nupciais, os testamentos ou as doações feitos em tais condições hão de ser considerados válidos como feitos em harmonia com a lei normalmente competente para regular a faculdade de fazer convenções nupciais na constância do matrimónio, para regular a amplitude da liberdade de testar, e para regular a forma externa dos actos jurídicos, ou se, ao contrário, tais actos deverão considerar-se sem efeito por haverem sido celebrados com fraude à lei portuguesa.

Tal é o problema da fraude à lei em direito internacional privado, que vamos estudar, mostrando como tem sido regulado no direito positivo e como é tratado pela doutrina.

166 — São poucas as leis que, do nosso conhecimento, têm procurado resolver o problema. Apenas conhecemos o código civil argentino, que resolveu o problema de modo geral em matéria de obrigações contratuais, e o código civil suíço, que o resolveu a respeito do casamento.

O código argentino declara nulos os contratos celebrados em país estrangeiro para violar as leis da república, ainda que não fôsem proibidos no lugar em que tenham sido celebrados, e os contratos celebrados na república, para violar os direitos e as leis de uma nação estrangeira (art. 1241.º e 1242.º). É um sistema *bilateral*, pois procura defender não só as leis argentinas, mas também as leis de todos os outros Estados.

O artigo 59.º, 7-f, do título final do código civil suíço procura reprimir a fraude à lei nestes termos: «A validade do casamento celebrado no estrangeiro em conformidade das leis que aí estiverem em vigor será reconhecido na Suíça, a não ser que as partes o tenham celebrado no estrangeiro com a intenção manifesta de iludir as causas de nulidade previstas pela lei suíça». É um sistema *unilateral*, e de alcance muito restrito.

Embora não consagrado por texto algum, é o sistema da fraude à lei seguido pela jurisprudência francesa, que considera ineficaz em França todo o acto praticado em país estrangeiro com o fim de evitar o rigor das leis francesas. O sistema da jurisprudência francesa é *geral*, abrangendo todas as relações jurídicas em que é possível a fraude à lei, mas é *unilateral*, substituindo à lei *fraudulentamente* competente a lei francesa.

O sistema da fraude à lei aparece ainda na jurisprudência de outros países, como na Bélgica, na Áustria e na Itália, o que prova que se trata de uma ideia generalizada, que bem merece ser considerada

(1) Lehr, *Éléments de droit civil scandinave*, pág. 204.

Passando das leis e da jurisprudência internas para os tratados colectivos, não encontramos, nem no tratado de Lima, nem nos tratados de Montevideo, nem nas conferências da Haia, qualquer preceito que consagre a teoria da fraude à lei. Contudo, nas convenções da Haia sobre o divórcio e sobre os efeitos do casamento, aparecem disposições que tendem evidentemente a evitar fraudes. É o que se vê: dos artigos 4.º, 5.º e 8.º da convenção relativa ao divórcio, enquanto o primeiro determina que não se pode invocar como causa de divórcio um facto produzido quando um ou ambos os cônjuges pertenciam a outra nacionalidade, o segundo dispõe que, no caso de o cônjuge que dá causa ao divórcio haver mudado de domicílio depois de se haver dado essa causa, a acção pode ser intentada perante a jurisdição competente do último domicílio comum, e percebendo o terceiro que, se os cônjuges não tiverem a mesma nacionalidade, deverá a sua última legislação comum ser considerada como a sua lei nacional para o efeito da aplicação da convenção; e do artigo 9.º, alínea 2.ª, da convenção relativa aos efeitos do casamento, que manda considerar as leis nacionais a última legislação comum, se os cônjuges deixarem de ter a mesma nacionalidade. Todas estas disposições tendem claramente a evitar que qualquer dos cônjuges mude de nacionalidade para conseguir perante a nova lei nacional um efeito que a antiga lhe não permitia.

No direito português, não há preceito algum referente ao assunto. Cabe, por isso, à doutrina e à jurisprudência resolver o problema.

167 — Uma velha doutrina francesa, informada pela máxima *fraus omnia corrumpit*, unânime sustentada pelos antigos escritores franceses, sempre seguida pelos tribunais de França (1) e ainda hoje defendida por internacionalistas de incontestável autoridade, como Pillet (2) e Valery (3), decide-se pela nulidade dos actos jurídicos sempre que as partes ou mudam de nacionalidade ou mudam de país com o propósito de fugir às proibições ou ao rigor formal da lei nacional.

Esta doutrina, porém, como está acontecendo com todas as teorias do direito internacional privado, foi submetida a um processo de revisão crítica, que a vai modificando e depurando dos seus exageros, para só aproveitar a verdade que ela contém.

A corrente de reacção contra a velha doutrina francesa, constituída, entre outros, por Savigny (4), Von Bar (5),

Weiss (1), Audinet (2), Fedozzi (3), Ottolenghi (4), Diena (5) e Teixeira de Abreu (6), é nitidamente representada por Anzilotti (7), que, a nosso ver, pôs a questão no seu verdadeiro campo. Vamos resumir a sua doutrina, cujo conhecimento é basiante, segundo cremos, para dela nos convenceremos.

Parte o ilustre professor do princípio certo de que o direito internacional privado liga a competência respectiva das leis dos diferentes países, para resolver os conflitos das mesmas leis, a certas premissas de facto ou de direito, que dependem mais ou menos da vontade individual, como são — a nacionalidade, o domicílio, a residência, o lugar da celebração ou da execução do contrato, o lugar do delito, o lugar da propositura da acção, etc.

Quando a applicabilidade de uma ou de outra lei depende de premissas que estão absolutamente no poder do indivíduo, é impossível juridicamente a existência de fraude à lei, uma vez que seja respeitada a lei cuja competência é determinada por um acto da vontade individual.

É o que acontece relativamente à forma externa dos actos. A regra *locus regit actum* determina a competência das leis de forma tomando por base um facto que depende inteiramente da vontade; daqui a impossibilidade de um acto fraudulento ou, melhor se diria, de um acto contrário ao direito, sempre que a forma esteja em harmonia com a lei do lugar da celebração.

Se, porém, a competência da lei se liga a uma premissa de facto a respeito da qual a liberdade individual é mais ou menos vinculada por normas jurídicas, como acontece com a mudança de nacionalidade, já aparece a possibilidade de um contraste entre os actos do individuo e a ordem jurídica, o qual consiste em o individuo procurar determinar a applicação de uma nova lei nacional sem que subsistam as condições da sua applicabilidade.

É evidente que a competência da nova lei depende de ser juridicamente subsistente a aquisição da nova nacionalidade. Se a naturalização for juridicamente inatacável, será também inatacável a competência da nova lei pessoal e devem considerar-se juridicamente eficazes os actos celebrados em harmonia com essa lei, quando elles devam ser regulados pela lei nacional. Se a naturalização for juridicamente insubsistente, insubsistente é também a competência da lei do país de naturalização para

(1) Ob. cit., tom. III, pág. 124.

(2) Ob. cit., n.º 358.

(3) *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, tom. XXIX, pág. 354

(4) *La frode alla legge e la questione dei divorci fra italiani naturalizzati all'estero*. Torino, 1909

(5) *Rivista cit.*, ano XXXIX, pág. 192.

(6) Ob. cit., pág. 87.

(7) *Rivista di diritto internazionale*, tom. VI, 1911, pág. 505 e seg.

(1) Vide Lainé, *Introduction au droit international privé*, tom. II, pág. 394; Valery, *Manuel de droit international privé*, pág. 556.

(2) Ob. cit., n.ºs 82 e 268.

(3) Ob. cit., n.º 412.

(4) Ob. cit., pág. 353.

(5) Ob. cit., n.º 122.

regular os actos que devem ser regulados pela lei nacional; devendo tais actos ser apreciados em face da lei do país de origem.

Assim, se um português se naturalizar inglês e, depois da naturalização, dispuser por testamento de todos os seus bens, tendo embora descendentes ou ascendentes, o testamento será inteiramente válido, se a naturalização for juridicamente subsistente, ou deverá a disposição testamentária ser reduzida à quota disponível do testador, se a naturalização dever considerar-se juridicamente insubsistente.

Em última análise, a eficácia do acto praticado pelo naturalizado depende da subsistência jurídica da naturalização. E assim deve ser, com efeito, pois, de duas, uma: ou a naturalização é válida, e então a lei competente para regular o acto, na hipótese do testamento, é indiscutivelmente a lei do Estado de naturalização e já não pode dizer-se que houve fraude à lei do Estado de origem: ou a naturalização é nula, e então a lei do Estado de naturalização é incompetente para regular o acto, e a competência continua a pertencer à lei do Estado de origem.

Tudo se reduz, portanto, a saber se o acto de naturalização é ou não conforme à lei que o regula.

A não conformidade de um acto com a lei que o regula pode ser aparente e manifesta, caso em que não há lugar a nenhuma dificuldade especial; ou pode ser oculta e disfarçada, e então constitui um processo de fraude à lei.

¿ Em que termos poderá, porém, haver fraude à lei no que respeita à naturalização?

A lei torna a naturalização dependente de um acto de vontade do indivíduo, mas tem evidentemente em vista uma vontade séria, e não uma vontade fictícia, de ser membro do Estado de naturalização e de deixar de ser cidadão do Estado de origem. Se, por isso, os factos vêm mostrar que o indivíduo não queria seriamente ser cidadão do Estado em que se naturalizou, mas apenas quis servir-se da qualidade de cidadão desse Estado para privar os filhos da legítima, para fazer convenções nupciais na constância do matrimónio, ou para praticar qualquer outro acto proibido pela lei do Estado de origem, em tal caso a naturalização é juridicamente insubsistente, por faltar aquela seriedade de vontade em que ela deve assentar e, sendo a naturalização insubsistente, insubsistentes são também os actos cuja eficácia dependia da eficácia da naturalização. A existência ou não existência de fraude à lei é assim uma questão de facto, que o tribunal apreciará, investigando se o interessado quis seriamente ou só quis aparentemente ser cidadão do Estado de naturalização.

Tal é nas suas linhas gerais a doutrina de Anzilotti, que consideramos inteiramente exacta.

Em verdade, se a competência da lei de um país depende

exclusivamente de um acto de vontade do indivíduo, como é a escolha do lugar da celebração do acto quanto à lei reguladora da forma do mesmo acto, não pode de modo algum dizer-se que há fraude à lei portuguesa, se o acto é praticado em Espanha em harmonia com a lei deste país, pois que, em tal caso, a lei portuguesa deixou de ser competente e é absurdo dizer que é praticado com fraude a certa lei um acto que não está sujeito ao império dessa lei.

Se a competência da lei de um país, a competência da lei inglesa por exemplo, depende de o indivíduo ser nacional desse país, e se um português, para ficar sujeito à lei do mesmo país, aí se naturalizar, claro é que a competência da lei de tal país deve depender de a naturalização ser juridicamente subsistente. Se assim não acontecer, quer por não se haverem respeitado as prescrições legais que regulam a naturalização, quer por não existir uma vontade séria de mudar de nacionalidade, a lei competente continua a ser a lei portuguesa e é em face desta lei que devem ser apreciados os actos jurídicos de um cidadão português que só ficticiamente se naturalizou em Inglaterra.

§ VI

Leis de ordem pública internacional

SUMÁRIO. 168—Conceito geral das leis de ordem pública, como leis-limite da aplicação das leis normalmente competentes para regular as relações jurídicas. 169—Reconhecimento pela doutrina e pelo direito positivo do limite de aplicação das leis estrangeiras pelas leis de ordem pública. 170—Determinação das leis de ordem pública: I Critério gerat. 171—II Diferenciação entre as leis de ordem pública interna e as leis de ordem pública internacional. 172—III Diferenciação entre as leis de ordem pública internacional e as leis que são estranhas aos conflitos das leis de direito privado. 173—IV Diferenciação entre as leis de ordem pública internacional e as leis de competência localizada. 174—V Grau de possibilidade da especificação das leis de ordem pública internacional. Especificação feita por Savigny, Mancini, Catelani, Bustamante e Pillet. Apreciação crítica do problema. 175—Qualidades das leis de ordem pública internacional. 176—Caracteres dessas leis: competência e efeito. 177—Funções das leis de ordem pública internacional: função proibitiva e função permissiva. 178—As leis de ordem pública internacional no direito português. 179—As leis de ordem pública internacional e os conflitos de instituições.

168—Em face das fontes das regras de direito internacional privado, a lei a aplicar a uma relação jurídica tanto pode ser uma *lei local*, isto é, uma lei do país do tribunal ou da autoridade que tem de aplicá-la, como uma *lei estrangeira*.

Se a lei competente é uma lei local, não pode haver dificuldade na sua aplicação. Em tal caso, as fontes do direito internacional privado conduzem o tribunal ou a autoridade competente ao exercício da sua função normal, que é a aplicação das leis do seu próprio país.

Se, porém, a lei competente indicada pela fonte de direito internacional privado for uma lei estrangeira, a aplicação dessa lei não se efectuará, segundo é doutrina corrente, *se for contrária a uma lei local de ordem pública*. E daí vem que a lei competente em face das fontes não é sempre a lei aplicada à relação jurídica, mas simplesmente a lei que deve aplicar-se se a isso não obstar uma lei de ordem pública, sendo por tal motivo que se emprega uma linguagem rigorosa dizendo que a função do direito internacional privado, quanto ao problema dos conflitos de leis, consiste em determinar a *lei normalmente competente* para regular as relações jurídicas.

169—O limite de aplicação da lei competente para regular as relações jurídicas constituído pelas leis de ordem pública, que é claramente um *limite à comunidade de direito*, foi, pela

primeira vez, formulado doutrinariamente, com relativa precisão, por Savigny, o qual, ao mesmo tempo que enunciou o princípio da comunidade de direito, lhe assinalou os seus limites.

Indicaremos as linhas gerais da doutrina de Savigny, não só porque ela muito esclarece o problema, mas porque foi o ponto de partida da posterior elaboração científica do mesmo problema.

Como já dissemos ao expor o seu sistema ⁽¹⁾, Savigny reduz todas as excepções ao princípio da comunidade de direito às duas categorias seguintes:

«A) Leis de natureza positiva rigorosamente obrigatórias, que, por isso mesmo, não admitem a liberdade de apreciação que não tem em conta as fronteiras dos diversos Estados.

«B) Instituições de um Estado estrangeiro cuja existência não é reconhecida no nosso e que, por consequência, não podem pretender a protecção dos tribunais».

Para determinar as leis do primeiro grupo, põe Savigny de parte a distinção das leis em *imperativas* ou *absolutas* e *suplenivas*, pela razão de que há leis imperativas sobre cuja aplicação extraterritorial todos estão de acôrdo, importando, por isso, classificar as próprias leis imperativas, para o efeito de indicar aquelas que podem aplicar-se extraterritorialmente. Para isso, propõe Savigny a classificação que transparece destas passagens: «Há uma classe de leis absolutas cujo único motivo e cujo único fim é garantir, mediante regras certas, o exercício dos direitos, e que por isso são feitas unicamente no interesse das pessoas titulares dos direitos. Tais são as leis que restringem a capacidade de agir por causa da idade ou do sexo, etc., e as que regem as formas da transmissão da propriedade (por simples contrato ou por tradição). Não existe razão alguma para incluir estas leis entre os casos excepcionais, e os conflitos a que elas dão lugar podem muito bem ser resolvidos segundo o princípio da mais livre comunidade de direito; pois nunca um Estado hesitará em permitir no seu território a aplicação de uma lei estrangeira desta espécie. Uma outra classe das leis absolutas tem, pelo contrário, o seu motivo e o seu fim fora do domínio do direito concebido abstratamente, de modo que não são feitas unicamente no interesse das pessoas titulares dos direitos. As leis desta classe podem ter por base um motivo moral; tal é a lei que proíbe a poligamia. Podem ser ditadas por um motivo de interesse geral (*publica utilitas*), pelo facto de revestirem carácter político, de polícia ou de economia política. Tais são as leis que restringem a aquisição da propriedade pelos judeus. Todas as leis desta espécie entram nos casos excepcionais acima mencionados, de modo que a respeito da sua aplicação deve cada Estado ser considerado absolutamente

⁽¹⁾ Supra, n.º 95.

isolado. Assim, num país onde a poligamia é proibida, devem os tribunais recusar a sua protecção ao casamento de estrangeiros celebrado segundo as leis do seu país-que autorizam a poligamia» (1).

Quanto ao segundo grupo de excepções, não formula Savigny outro princípio além do já indicado de que essas excepções são relativas a instituições admitidas por um Estado estrangeiro mas que o Estado local não reconhece, apresentando como exemplos a escravidão e a morte civil.

Terminando a sua exposição, nota Savigny que, apesar das diferenças exteriores que existem entre as duas classes de leis absolutas, têm elas todas, como carácter comum, a anomalia de, nos conflitos de leis, escaparem ao princípio da comunidade de direito, devendo por isso o juiz aplicar exclusivamente o seu direito nacional (2).

A teoria de Savigny pode, pois, resumir-se assim: a aplicação da lei conforme à natureza da relação jurídica, como lei competente para regular essa relação e como meio de realização da comunidade de direito, tem como limite as leis positivas rigorosamente obrigatórias e o não reconhecimento no Estado local das instituições reguladas pelas leis estrangeiras mas não admitidas nesse Estado, devendo, em tais casos, aplicar-se exclusivamente a *lex fori*.

A teoria de Savigny foi fundamentalmente assimilada pela escola italiana, a qual, defendendo a *personalidade das leis*, como meio de realizar a comunidade de direito, lhe contrapôs as *leis de ordem pública*, como meio de defesa da independência política do Estado.

Ficando acima dito (3) como Mancini justifica o limite da personalidade das leis pelas leis de ordem pública, indicaremos agora como êle define a esfera de acção que assinala a estas leis. Na fórmula *leis de ordem pública*, compreende Mancini, além das *leis de ordem política*, que são as que respeitam à organização e funcionamento dos poderes públicos e às suas relações com os indivíduos, as *leis de ordem moral* e as *leis de ordem económica*, que integra na ordem pública, pelas seguintes considerações: «Para compreender a extensão do campo deixado à independência de cada Estado, será útil uma observação. A *ordem pública*, na acepção ampla da palavra, compreende, em todos os Estados, também os princípios superiores da moral humana e social, tais como êles são entendidos e professados nos mesmos Estados, os bons costumes, os direitos primitivos inerentes à natureza humana, e as liberdades a que nem as instituições positivas, nem o Governo, nem os

actos da vontade podem estabelecer derogações válidas e obrigatórias para êsses Estados. Se as leis positivas de um Estado, uma sentença estrangeira, ou os actos e contratos feitos no estrangeiro violassem êstes princípios ou êstes direitos, o Estado local, longe de aceitar êstes ultrajes à natureza e à moralidade humana, poderia com justiça recusar-lhes todo o efeito e toda a execução no seu território. É o que acontece com a poligamia, com a escravatura e com outras instituições estrangeiras, que em vão se pretenderia fazer aceitar e reconhecer em outros países.

«Podem rejeitar-se, não só as instituições incompatíveis com a ordem *moral*, mas também as que são incompatíveis com a ordem *económica* estabelecida numa sociedade, sendo a ordem económica compreendida na acepção larga da ordem pública. Assim, nos Estados onde são proibidas as instituições feudais, a mão morta, os fideicomissos, etc., não se poderá atribuir efeito a semelhantes disposições, ainda que tenham sido feitas em países que as autorizem» (1).

A idea fundamental da escola italiana é assim semelhante à idea de Savigny. A lei competente, em regra a lei nacional, encontra um limite nas leis de *ordem pública*, que abrange a *ordem política*, a *ordem moral* e a *ordem económica*.

Em todas as doutrinas posteriores, directa ou indirectamente, com maior ou menor amplitude, aparece sempre a mesma idea de limitar a aplicação da lei competente para regular as relações jurídicas com as leis de ordem pública (2).

E o acôrdo geral da doutrina a tal respeito bem o mostra a oitava das *Regras de Oxford* do Instituto de direito internacional, assim redigida: «Em caso nenhum as leis de um Estado poderão ser reconhecidas e produzir o efeito no território de outro Estado, se estiverem em opposição ao direito público ou à ordem pública» (3).

A mesma ideia de limitar a aplicação das leis declaradas, em princípio, competentes para regular as relações jurídicas pelas leis de ordem pública aparece, evidentemente como um reflexo da doutrina, na maior parte das leis e tratados que, depois de formulada a doutrina de Savigny e da escola italiana, estabeleceram princípios de direito internacional privado.

(1) *Clunet*, 1874, pág. 295 a 297.

(2) *Catellani, ob. cit.*, II, pág. 305 e seg.

(3) *Annuaire*, tom. V, pág. 56. Do acôrdo doutrinal dos escritores parecem desviar-se Vareilles-Sommières (*Synthese*, II, n.º 862 e seg.) e Kahn (*Ueber Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts*), mas, como demonstra Catellani (*Ob. cit.*, II, n.ºs 295 e seg.), ambos os escritores admitem afinal excepções à aplicação das leis estrangeiras, nos casos em que reconhecem a sua extraterritorialidade o que os aproxima dos escritores que abertamente admitem um limite à aplicação das leis estrangeiras constituído pelas leis de ordem pública.

(1) *Ob. cit.*, pág. 37.

(2) *Ob. cit.*, pág. 40.

(3) *Supra*, pág. 349 e 350.

Abre a série o Código civil italiano com esta disposição «Em caso nenhum, as leis, actos e sentenças de pais estrangeiros, bem como as disposições e convenções particulares, poderão ter efeito contra as disposições proibitivas do reino relativas às pessoas, aos bens ou aos actos, nem contra as leis que de qualquer modo respeitem à ordem pública e aos bons costumes» (art. 12.º). Segue-se o código argentino, cujo artigo 14.º diz: «As leis estrangeiras não serão aplicáveis: 1.º Quando a sua aplicação se oponha ao direito público ou criminal da república, à religião do Estado, à tolerância dos cultos, ou à moral e bons costumes». Os códigos portugueses do processo civil (art. 1088.º, § 1.º, n.º 5.º) e comercial (art. 4.º, § único, e art. 12.º) declaram inaplicáveis em Portugal as leis bem como inexequíveis as sentenças estrangeiras que sejam contrárias ao direito público português e aos princípios de ordem pública. Nas leis ou tratados posteriores usam-se as seguintes fórmulas: Lei congoleza—«Leis e sentenças estrangeiras contrárias ao direito público do Estado, ou às leis que têm em vista o interesse social ou a moral pública»; Lei alemã—«Lei estrangeira contrária aos bons costumes ou ao fim de uma lei alemã» (art. 30.º); Lei japonesa—«Leis contrárias à ordem pública ou bons costumes» (art. 30.º); Código civil brasileiro—«Leis, actos ou sentenças ofensivos da soberania nacional, da ordem pública e dos bons costumes (art. 17.º); Tratado de Lima—«Leis, sentenças, contratos e actos jurídicos estrangeiros incompatíveis com a constituição política, com as leis de ordem pública e com os bons costumes»; Tratado de Montevideo de 3 de fevereiro de 1889—«Leis contrárias às instituições políticas, às leis de ordem pública ou aos bons costumes».

As convenções da Haia não formularam nunca um princípio geral como o do tratado de Lima ou do Tratado de Montevideo, mas seguiram evidentemente a mesma orientação de, a um tempo, fixar a lei competente para regular uma relação jurídica e estabelecer o limite da aplicação dessa lei pelas leis de ordem pública, adoptando, como já acima vimos (1), o sistema progressivo de elas mesmas especificarem ou obrigarem os Estados contratantes a especificar as leis de ordem pública.

Doutrina e direito positivo concordam, pois, em reconhecer a existência de um limite à aplicação da lei competente para regular as relações jurídicas, constituído pelas leis de ordem pública.

170—Mas, se a doutrina e o direito positivo marcam nas leis de ordem pública um limite à aplicação das leis estrangeiras, qual o critério de terminação dessas leis? Quais são as leis de

ordem pública? Eis um dos mais difíceis, senão o mais difícil problema do direito internacional privado.

As leis de ordem pública, enquanto limitam a aplicação das leis normalmente competentes para regular as relações jurídicas, paralisam a função das regras gerais de conflitos de leis, e daí o interesse científico do problema da sua determinação e a natural preocupação de resolver esse problema por parte de quem se propõe a organização doutrinal do direito internacional privado.

Tentaremos também aproximar alguns elementos que possam concorrer para esclarecer o problema.

Para esse efeito, procuraremos: I—estabelecer o critério geral de diferenciação das leis de ordem pública que limitam a aplicação das leis estrangeiras e que chamaremos *leis de ordem pública internacional*; II—diferenciar as leis de ordem pública internacional das leis que estão sujeitas às regras gerais de conflitos e que não paralisam a acção destas regras; III—diferenciá-las de todas as leis que são estranhas aos conflitos das leis de direito privado; IV—diferenciá-las das leis de competência localizada; V—investigar até onde é possível fazer a sua especificação.

I—*Critério geral de diferenciação das leis de ordem pública internacional*. O campo de acção das leis de ordem pública internacional é, por assim dizer, um campo fechado à aplicação das leis estrangeiras, dentro do qual se entrincheira a parte intangível do direito privado de cada país, e por isso era natural que, uma vez admitido o princípio da comunidade de direito como base de organização do direito internacional privado, reconhecendo-se ao mesmo tempo que esse princípio encontrava um limite em certas leis locais de ordem pública, se procurasse indicar o critério de diferenciação das leis-limite à aplicação das leis estrangeiras, quando estas fôsem, em geral, as leis competentes para regular as relações jurídicas.

Savigny formulou um duplo critério: as leis-limite à comunidade de direito são as leis positivas rigorosamente obrigatórias, não fundadas no interesse dos indivíduos titulares dos direitos, mas baseadas num *motivo moral*, num *motivo político*, num *motivo de segurança* (polícia), ou numa *razão económica*, e bem assim as leis que se opõem ao reconhecimento de instituições admitidas por um Estado estrangeiro, mas não permitidas pelo Estado local.

A escola italiana, como a esboçou o seu fundador, contrapõe ao *direito privado e doméstico*, que considera *extraterritorial*, o *direito público e político*, que considera *territorial* e aplicável tanto a nacionais e estrangeiros, declarando de ordem pública todas as leis tendentes a defender a soberania e a independência do Estado e fazendo aí entrar as leis de ordem *política*, as leis de ordem *moral* e as leis de ordem *económica*.

(1) Supra, pág. 391.

Savigny e a escola italiana já apresentam, pois, um *conceito* das leis-limite à aplicação do direito estrangeiro, as quais são, para Savigny, as leis rigorosamente imperativas fundadas no interesse geral e as que se opõem à admissão de instituições desconhecidas do direito local, e, na escola italiana, que lhes dá o nome de *leis de ordem pública*, as leis que respeitam à independência e autonomia do Estado.

Toda a elaboração doutrinal posterior tende ora a formular e esclarecer o conceito das leis de ordem pública, ora a determinar essas leis, para o efeito de precisar a sua função como limite da aplicação da lei normalmente competente para regular as relações jurídicas.

As fórmulas ou critérios adoptados pela doutrina para definir as leis de ordem pública são muito variáveis, podendo, porém, reduzir-se a três tipos fundamentais: o *tipo manciniano* que, atendendo mais ao conteúdo da lei, declara de ordem pública as leis que respeitam aos direitos e interesses supremos do Estado, as quais não podem ser preferidas por leis estrangeiras, sem prejuízo da conservação e desenvolvimento do mesmo Estado; o *tipo fusinatiano*, que atende mais à antinomia das leis e vê a razão da exclusão das leis estrangeiras pela *lex fori* na existência de diferenças essenciais entre as leis do país e as leis estrangeiras; e o *tipo fioriano*, que atende de preferência ao grau de carácter obrigatório das leis, declarando de ordem pública as leis absolutamente imperativas.

Ao primeiro tipo pertencem, por exemplo, os critérios: de Laurent, que considera leis de ordem pública as relativas aos *direitos da sociedade*; de Despagnet, que considera assim as leis respeitantes aos *interesses essenciais do Estado*; de Weiss, para quem são leis de ordem pública as leis de *interesse geral*; de Pillet, que coloca nessa categoria as leis referentes às *condições essenciais à existência pacífica de uma sociedade* ou as leis feitas no *interesse da comunidade*; e do Dr. Marnoco e Sousa, que considera de ordem pública as leis que constituem *condições essenciais à existência e desenvolvimento do Estado* (1).

Ao segundo tipo, além do conceito de Fusinato, que baseava a excepção de ordem pública na antinomia directa entre a lei estrangeira e os princípios vigentes num território acerca da constituição da família, da sociedade e do Estado (2), pertence a teoria de Bartin, o qual, num estudo admirável de profundidade sobre as leis de ordem pública, procurou demonstrar que estas traduzem

(1) Vide Laurent, *Droit civil internationale*, tom. I, n.º 26; Despagnet, ob. cit., n.º 107; Weiss, *Traité*, III, pág. 85 e seg.; Pillet, *Principes*, n.º 187; Dr. Marnoco e Sousa, *Execução extraterritorial das sentenças civis e comerciais*, pág. 228.

(2) Fusinato, *Il principio della scuola italiana nel diritto privato internazionale*, no *Archivio giuridico*, XXXIII, pág. 66.

sempre uma *falta de comunidade internacional* entre o Estado local e o Estado estrangeiro cuja lei, embora normalmente competente para regular a relação jurídica, é substituída pela lei local de ordem pública, falta de comunidade internacional que se revela em as leis civis serem *essencialmente diferentes umas das outras*, sendo a divergência fundamental entre a *lex fori* e a lei estrangeira que conduz à rejeição desta para regular dada relação jurídica (1).

Ao terceiro tipo já pode dizer-se pertencer tanto a doutrina de Waechter, que apontava como limite à aplicação das leis estrangeiras as *leges cogentes*, como a doutrina de Savigny, enquanto afirmou que a primeira série de excepções à comunidade de direito era constituída pelas *leis positivas rigorosamente obrigatórias*, mas foi Fiore quem, do nosso conhecimento, mais pôs em relêvo esse conceito de determinação das leis de ordem pública e, por isso, sublinhamos com o seu nome a designação do critério que atende ao grau de força obrigatória das leis para lhes atribuir o carácter de leis de ordem pública (2).

Onde estará a verdade científica? Em algum desses critérios exclusivamente, ou em todos êles parcialmente?

Cremos que os três critérios, coordenados, nos podem dar, se não a fórmula exacta e infalível da determinação das leis de ordem pública, por isso que uma fórmula com tais caracteres se nos afigura inteiramente impossível, pelo menos no estado actual da ciência do direito internacional privado, um *princípio de orientação* para, na maioria dos casos, verificar se se trata ou não de uma lei de ordem pública internacional.

Começaremos por notar que o problema do limite das leis de ordem pública em direito internacional privado aparece a propósito dos *conflitos das leis privadas*, isto é, dos conflitos de leis relativas quer aos elementos gerais da relação jurídica de direito privado, quer às relações jurídicas de direito privado — direitos de crédito, direitos reais, direitos de família e direitos de sucessão. O problema consiste, por isso, em determinar se a uma relação jurídica de direito privado deverá aplicar-se a lei normalmente competente quando essa lei seja estrangeira, ou se à lei estrangeira deverá substituir-se a *lex fori*.

Sendo assim, torna-se para nós evidente que, para à lei normalmente competente se substituir a *lex fori*, deve esta ser rigorosamente imperativa, não se compreendendo uma limitação de tamanha gravidade a respeito de uma lei cujo imperativo não esteja absolutamente acima da vontade individual, por isso mesmo que se trata de afastar uma lei cuja

(1) Bartin, *Études de droit international privé*, pág. 189 e 264.

(2) Fiore, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XIX, pág. 354 e seg.; *Clunet*, 1908, pág. 351 e seg.

competência foi determinada em harmonia com a natureza da relação jurídica ⁽¹⁾.

Mas se a lei de ordem pública deve ser rigorosamente imperativa, também pertence àquele número de leis que são *obrigatórias* tanto para nacionais como para estrangeiros, e portanto não pode deixar de ser uma lei baseada no interesse da comunidade, isto é, no interesse do Estado, garantindo alguma das condições essenciais à existência da mesma comunidade, pois, se pudessem ter-se como de ordem pública internacional as leis relativas aos interesses dos indivíduos considerados em si mesmos, desaparecia, pode dizer-se, o valor das regras de conflitos de leis, por não haver conflitos de leis imperativas que não devessem ser resolvidos pela *lex fori*, o que seria contra toda a construção doutrinária e legal relativa ao problema dos conflitos de leis.

O critério de Fiore coordena-se, pois, nitidamente com o critério de Mancini, completando-se e esclarecendo-se os dois critérios mutuamente. Mas poderá dizer-se o mesmo do critério de Fusinato?

Poderia parecer que não, atendendo à seguinte consideração. A lei absolutamente imperativa, fundada no interesse geral do Estado, deve ser sempre aplicada, qualquer que seja o grau de diferença entre ela e a lei estrangeira normalmente competente para regular a respectiva relação jurídica, pouco importando, portanto, que a divergência entre a *lex fori* e a lei estrangeira seja essencial ou seja secundária.

Creemos, porém, que esta consideração não procede. As normas de conflitos de leis, determinando as leis normalmente competentes para regular as relações jurídicas em harmonia com a natureza destas relações, representam a *regra* de protecção dos titulares dos direitos constituídos pelas mesmas relações jurídicas, e as leis de ordem pública internacional são uma *excepção* fundada no interesse geral do Estado local. Sempre, por isso, que seja possível manter a regra, sem prejudicar o destino da excepção, a regra deve persistir e aplicar-se a lei normalmente competente. Ora, parece evidente que, na hipótese de, entre a *lex fori* e a lei estrangeira competente, haver, não uma divergência fundamental, mas uma simples diferença accidental, a aplicação da lei estrangeira, por um lado, não lesa o interesse geral do Estado local, pois que a *lex fori* e a lei estrangeira são fundamentalmente semelhantes, e, por outro lado, é a que está em harmonia com a natureza da relação jurídica e melhor pro-

(1) Devemos, porém, notar que, ao afirmarmos que a lei de ordem pública deve ser *imperativa*, não queremos significar que seja sempre *preceptiva*, impondo a prática de um acto, mas sim que o seu preceito não possa ser preterido por um acto de vontade, por um acto de *renúncia* ao poder jurídico estabelecido pela regra de direito quando esta tenha a forma de uma lei permissiva.

tege os direitos do indivíduo, não havendo portanto razão para considerar a correspondente *lex fori* como uma lei de ordem pública internacional.

Sendo assim, bem pode dizer-se que o critério de Fusinato se coordena com os critérios de Fiore e Mancini, e pode afirmar-se que a lei estrangeira competente apenas deve ser afastada quando entre ela e a *lex fori* houver uma divergência essencial e não uma simples divergência de carácter secundário.

Mas, quando as leis privadas de um Estado divergem profundamente das leis de outro Estado, relativamente, por exemplo, ao direito de família, é certamente porque não existe entre esses dois Estados comunidade de conceitos e sentimentos, pelo menos a respeito de determinados pontos, isto é, a divergência essencial das leis civis baseia-se numa falta de comunidade internacional.

No fundo, portanto, o pensamento de Mancini condiz com o pensamento de Fiore, e com o pensamento de Fusinato e de Bartin. A lei de ordem pública deve ser uma lei relativa a uma condição de existência do Estado, deve ser uma lei essencialmente divergente da lei estrangeira normalmente competente para regular a respectiva relação jurídica, e deve ser uma lei absolutamente imperativa. Quando a *lex fori* reúna todos estes caracteres, deverá o tribunal excluir a lei estrangeira, embora, segundo as regras de conflitos do direito local, ela seja normalmente competente para regular a relação jurídica.

E agora, se bem pensarmos, notaremos que tudo isto se continha, mais ou menos explicitamente, na doutrina de Savigny. Em verdade, também êle fala em leis rigorosamente obrigatórias, só considera assim as que se fundam num interesse diferente do mero interesse do indivíduo, e portanto atende ao interesse do Estado, e vê nas leis rigorosamente obrigatórias um limite da comunidade de direito, o que indica que, no seu pensamento, as leis-limite à aplicação das leis estrangeiras representam uma falta de comunidade internacional entre o Estado local e o Estado autor da lei. Notando isto mesmo a respeito da sua teoria, escreve Bartin estas nobres palavras: «On sait du reste que c'est toujours aux doctrines de Savigny qu'il faut en revenir quand on s'occupe du conflit des lois. Il a si profondément fouillé le sol et creusé le sillon qu'il ne reste guère aux jurisconsultes modernes qu'à suivre docilement les indications dont son œuvre est pleine. Et si ces pages perdent par là même le peu d'originalité qui pourraient en faire le prix, la doctrine qu'elles établissent bénéficiera du moins de l'autorité du grand jurisconsulte qui l'a inspirée» ⁽¹⁾.

Nunca se esqueça, porém, que o critério que fica esboçado não é um *critério infalível*, para, em todos os casos, definir as leis de ordem pública, mas um simples *critério de orientação*,

(1) Ob. cit., pág. 235.

que, na *generalidade dos casos*, pode indicar ao juiz se a *lex fori* deve ou não ser considerada de ordem pública internacional. E cremos que não pode mesmo passar-se de um critério de orientação e pretender formular um critério de exactidão matemática e de infalibilidade prática, que habilite a determinar com inteira precisão as leis de ordem pública internacional. Para um semelhante critério ser possível, tornar-se-ia necessário que as leis de ordem pública fôsse sempre as mesmas, para, da sua *fixidez*, resultar a *certeza* da sua determinação.

Não é, porém, assim. As leis de ordem pública não só variam no *espaço*, isto é, de país para país, mas variam no *tempo* dentro do mesmo país, e por isso escapam e escaparão sempre, certamente, a uma determinação rigorosamente exacta.

Nestes termos, nem se pode formular um critério rigoroso aplicável a todas as legislações e, por assim dizer, superior às mesmas legislações, nem um critério matematicamente rigoroso para cada país.

A impossibilidade de formular um critério geral aplicável a todas as legislações é manifesta. Como nota Aubry, em face da diferença profunda que muitas vezes separa as legislações dos diferentes países, resulta naturalmente «que não poderia descobrir-se um critério graças ao qual as diversas legislações fôsse todas conduzidas a reservar exactamente sobre os mesmos pontos, e na mesma medida, a aplicação exclusiva das suas próprias disposições, pois que nas matérias em que o seu espírito difere, e pode diferir absolutamente, a coincidência de resultados é inconcebível» (1).

A concepção da ordem pública tem assim de ser considerada separadamente a respeito de cada país, tem fatalmente um *cunho nacional*.

Mas será possível estabelecer um critério exacto e invariável para cada país? Ainda isso é impossível, em face da *mobilitade* dos conceitos jurídicos e dos *sentimentos* de cada povo, a qual conduz à variabilidade das leis de ordem pública. Boissarie (2) pôs em relêvo a tendência de redução progressiva das leis de ordem pública. Bartin (3) documentou com dados jurisprudenciais esta tendência. Pillet (4) elevou à altura de uma qualidade das leis de ordem pública a sua *actualidade*. Aubry (5) pôs em evidência o factor sentimental na determinação das leis de ordem pública. E tudo isto significa que a noção

(1) *De la notion de territorialité en droit international privé*, em Clunet, 1902, pág. 239.

(2) Boissarie, *De la notion d'ordre public en droit international privé*, Paris, 1888, pág. 158 e seg.

(3) Ob. cit., pág. 252 e seg.

(4) *Principes*, n.º 201.

(5) Clunet, cit., 1902, pág. 239 e 240.

de ordem pública é mais ou menos ondeante e, por isso, escapa a um critério rígido e dogmático de determinação das leis que ela torna limite das leis estrangeiras normalmente competentes para regular as relações jurídicas.

Não pode, pois, passar-se além de um *critério de orientação*, o qual, em nosso entender, resulta da aproximação dos elementos que nos aparecem dispersos no critério de Fiore — o *carácter absolutamente imperativo*, no critério de Mancini — o *interesse da comunidade* como conteúdo da lei imperativa, e no critério de Fusinato e Bartin — a *divergência fundamental* entre a lei estrangeira e a *lex fori*. Quando estes três elementos se conjuguem, pode afirmar-se, sem receio de errar, que se trata de uma lei de ordem pública.

À face d'êste critério de orientação, nunca serão de ordem pública as *leis supletivas*. Meramente destinadas a suprir a manifestação da vontade, são de puro interesse individual, não se tornando nunca legítima a sua substituição às leis estrangeiras normalmente competentes.

Também não poderão considerar-se de ordem pública as leis cuja infracção dá lugar a uma nulidade sanável pela vontade dos interessados, como entre nós acontece com as leis relativas aos vícios do consentimento (Cód. civil, art. 687.º, 688.º, 689.º, 690.º e 696.º). Semelhantes leis são visivelmente de interesse particular, e por isso o seu imperativo não deve limitar a aplicação das leis estrangeiras.

As demais leis imperativas, isto é, aquelas cuja infracção produz nulidade insanável, nem todas são ainda de ordem pública internacional. E' o que se vê claramente a respeito das leis respeitantes ao estado das pessoas e à forma dos actos, cuja infracção dá lugar a uma nulidade insanável e, contudo, são por todos consideradas de competência ou de valor exteriorial. Será, porém, possível discriminar, entre as leis imperativas d'êsse grupo, as que são de ordem pública interna e as que são de ordem pública internacional?

171 — II — *Classificação das leis imperativas em leis de ordem pública interna e em leis de ordem pública internacional*. As leis imperativas, isto é, as leis que estão acima da vontade dos indivíduos, formam dois grandes grupos: umas que *estão sujeitas às regras de conflitos*; outras que *limitam a função das regras de conflitos*.

As primeiras são as *leis de ordem pública interna*. Per-tencem, em princípio, a êste grupo as leis que denominamos leis pessoais e leis de competência localizada.

Em geral, estas leis têm a sua aplicação dependente das regras de competência legislativa formulada pela *lex fori*.

As segundas são as *leis de ordem pública internacional*. Estas leis desviam a aplicação da lei competente segundo as regras de conflitos.

isolado. Assim, num país onde a poligamia é proibida, devem os tribunais recusar a sua protecção ao casamento de estrangeiros celebrado segundo as leis do seu país que autorizam a poligamia» (1).

Quanto ao segundo grupo de excepções, não formula Savigny outro princípio além do já indicado de que essas excepções são relativas a instituições admitidas por um Estado estrangeiro mas que o Estado local não reconhece, apresentando como exemplos a escravidão e a morte civil.

Terminando a sua exposição, nota Savigny que, apesar das diferenças exteriores que existem entre as duas classes de leis absolutas, têm elas todas, como carácter comum, a anomalia de, nos conflitos de leis, escaparem ao princípio da comunidade de direito, devendo por isso o juiz aplicar exclusivamente o seu direito nacional (2).

A teoria de Savigny pode, pois, resumir-se assim: a aplicação da lei conforme à natureza da relação jurídica, como lei competente para regular essa relação e como meio de realização da comunidade de direito, tem como limite as leis positivas rigorosamente obrigatórias e o não reconhecimento no Estado local das instituições reguladas pelas leis estrangeiras mas não admitidas nesse Estado, devendo, em tais casos, aplicar-se exclusivamente a *lex fori*.

A teoria de Savigny foi fundamentalmente assimilada pela escola italiana, a qual, defendendo a *personalidade das leis*, como meio de realizar a comunidade de direito, lhe contrapôs as *leis de ordem pública*, como meio de defesa da independência política do Estado.

Ficando acima dito (3) como Mancini justifica o limite de personalidade das leis pelas leis de ordem pública, indicaremos agora como êle define a esfera de acção que assinala a estas leis. Na fórmula *leis de ordem pública*, compreende Mancini, além das *leis de ordem política*, que são as que respeitam à organização e funcionamento dos poderes públicos e às suas relações com os indivíduos, as *leis de ordem moral* e as *leis de ordem económica*, que integra na ordem pública, pelas seguintes considerações: «Para compreender a extensão do campo deixado à independência de cada Estado, será útil uma observação. A *ordem pública*, na acepção ampla da palavra, compreende, em todos os Estados, também os princípios superiores da moral humana e social, tais como êles são entendidos e professados nos mesmos Estados, os bons costumes, os direitos primitivos inerentes à natureza humana, e as liberdades a que nem as instituições positivas, nem o Governo, nem os

actos da vontade podem estabelecer derogações válidas e obrigatórias para êsses Estados. Se as leis positivas de um Estado, uma sentença estrangeira, ou os actos e contratos feitos no estrangeiro violassem êstes princípios ou êstes direitos, o Estado local, longe de aceitar êstes ultrajes à natureza e à moralidade humana, poderia com justiça recusar-lhes todo o efeito e toda a execução no seu território. É o que acontece com a poligamia, com a escravatura e com outras instituições estrangeiras, que em vão se pretenderia fazer aceitar e reconhecer em outros países.

«Podem rejeitar-se, não só as instituições incompatíveis com a ordem *moral*, mas também as que são incompatíveis com a ordem *económica* estabelecida numa sociedade, sendo a ordem económica compreendida na acepção larga da ordem pública. Assim, nos Estados onde são proibidas as instituições feudais, a mão morta, os fideicomissos, etc., não se poderá atribuir efeito a semelhantes disposições, ainda que tenham sido feitas em países que as autorizem» (1).

A ideia fundamental da escola italiana é assim semelhante à ideia de Savigny. A lei competente, em regra a lei nacional, encontra um limite nas leis de *ordem pública*, que abrange a ordem *política*, a ordem *moral* e a ordem *económica*.

Em todas as doutrinas posteriores, directa ou indirectamente, com maior ou menor amplitude, aparece sempre a mesma ideia de limitar a aplicação da lei competente para regular as relações jurídicas com as leis de ordem pública (2).

E o acôrdo geral da doutrina a tal respeito bem o mostra a oitava das *Regras de Oxford* do Instituto de direito internacional, assim redigida: «Em caso nenhum as leis de um Estado poderão ser reconhecidas e produzir o efeito no território de outro Estado, se estiverem em opposição ao direito público ou à ordem pública» (3).

A mesma ideia de limitar a aplicação das leis declaradas, em princípio, competentes para regular as relações jurídicas pelas leis de ordem pública aparece, evidentemente como um reflexo da doutrina, na maior parte das leis e tratados que, depois de formulada a doutrina de Savigny e da escola italiana, estabeleceram princípios de direito internacional privado.

(1) *Clunet*, 1874, pág. 295 a 297.

(2) Catellani, *ob. cit.*, II, pág. 305 e seg.

(3) *Annuaire*, tom. V, pág. 56. Do acôrdo doutrinal dos escritores parecem desviar-se Vareilles-Sommières (*Synthèse*, II, n.º 862 e seg.) e Kahn (*Ueber Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts*), mas, como demonstra Catellani (*Ob. cit.*, II, n.ºs 295 e seg.), ambos os escritores admitem afinal excepções à aplicação das leis estrangeiras, nos casos em que reconhecem a sua extraterritorialidade, o que os aproxima dos escritores que abertamente admitem um limite à aplicação das leis estrangeiras constituído pelas leis de ordem pública.

(1) *Ob. cit.*, pág. 37.

(2) *Ob. cit.*, pág. 40.

(3) *Supra*, pág. 349 e 350.

Abre a série o Código civil italiano com esta disposição «Em caso nenhum, as leis, actos e sentenças de país estrangeiro, bem como as disposições e convenções particulares, poderão ter efeito contra as disposições proibitivas do reino relativas às pessoas, aos bens ou aos actos, nem contra as leis que de qualquer modo respeitem à ordem pública e aos bons costumes» (art. 12.º). Segue-se o código argentino, cujo artigo 14.º diz: «As leis estrangeiras não serão aplicáveis: 1.º Quando a sua aplicação se oponha ao direito público ou criminal da república, à religião do Estado, à tolerância dos cultos, ou à moral e bons costumes». Os códigos portugueses do processo civil (art. 1088.º, § 1.º, n.º 5.º) e comercial (art. 4.º, § único, e art. 12.º) declaram inaplicáveis em Portugal as leis bem como inexequíveis as sentenças estrangeiras que sejam contrárias ao direito público português e aos princípios de ordem pública. Nas leis ou tratados posteriores usam-se as seguintes fórmulas: Lei congoleza—«Leis e sentenças estrangeiras contrárias ao direito público do Estado, ou às leis que têm em vista o interesse social ou a moral pública»; Lei alemã—«Lei estrangeira contrária aos bons costumes ou ao fim de uma lei alemã» (art. 30.º); Lei japonesa—«Leis contrárias à ordem pública ou bons costumes» (art. 30.º); Código civil brasileiro—«Leis, actos ou sentenças ofensivos da soberania nacional, da ordem pública e dos bons costumes (art. 17.º); Tratado de Lima—«Leis, sentenças, contratos e actos jurídicos estrangeiros incompatíveis com a constituição política, com as leis de ordem pública e com os bons costumes»; Tratado de Montevideo de 3 de fevereiro de 1889—«Leis contrárias às instituições políticas, às leis de ordem pública ou aos bons costumes».

As convenções da Haia não formularam nunca um princípio geral como o do tratado de Lima ou do Tratado de Montevideo, mas seguiram evidentemente a mesma orientação de, a um tempo, fixar a lei competente para regular uma relação jurídica e estabelecer o limite da aplicação dessa lei pelas leis de ordem pública, adoptando, como já acima vimos (1), o sistema progressivo de elas mesmas especificarem ou obrigarem os Estados contratantes a especificar as leis de ordem pública.

Doutrina e direito positivo concordam, pois, em reconhecer a existência de um limite à aplicação da lei competente para regular as relações jurídicas, constituído pelas leis de ordem pública.

170—Mas, se a doutrina e o direito positivo marcam nas leis de ordem pública um limite à aplicação das leis estrangeiras, qual o critério de terminação dessas leis? Quais são as leis de

ordem pública? Eis um dos mais difíceis, senão o mais difícil problema do direito internacional privado.

As leis de ordem pública, enquanto limitam a aplicação das leis normalmente competentes para regular as relações jurídicas, paralisam a função das regras gerais de conflitos de leis, e daí o interesse científico do problema da sua determinação e a natural preocupação de resolver esse problema por parte de quem se propõe a organização doutrinal do direito internacional privado.

Tentaremos também aproximar alguns elementos que possam concorrer para esclarecer o problema.

Para esse efeito, procuraremos: I—estabelecer o critério geral de diferenciação das leis de ordem pública que limitam a aplicação das leis estrangeiras e que chamaremos *leis de ordem pública internacional*; II—diferenciar as leis de ordem pública internacional das leis que estão sujeitas às regras gerais de conflitos e que não paralisam a acção destas regras; III—diferenciá-las de todas as leis que são estranhas aos conflitos das leis de direito privado; IV—diferenciá-las das leis de competência localizada; V—investigar até onde é possível fazer a sua especificação.

I—*Critério geral de diferenciação das leis de ordem pública internacional*. O campo de acção das leis de ordem pública internacional é, por assim dizer, um campo fechado à aplicação das leis estrangeiras, dentro do qual se entrincheira a parte intangível do direito privado de cada país, e por isso era natural que, uma vez admitido o princípio da comunidade de direito como base de organização do direito internacional privado, reconhecendo-se ao mesmo tempo que esse princípio encontrava um limite em certas leis locais de ordem pública, se procurasse indicar o critério de diferenciação das leis-limite à aplicação das leis estrangeiras, quando estas fôsem, em geral, as leis competentes para regular as relações jurídicas.

Savigny formulou um duplo critério: as leis-limite à comunidade de direito são as leis positivas rigorosamente obrigatórias, não fundadas no interesse dos indivíduos titulares dos direitos, mas baseadas num *motivo moral*, num *motivo político*, num *motivo de segurança* (policia), ou numa *razão económica*, e bem assim as leis que se opõem ao reconhecimento de instituições admitidas por um Estado estrangeiro, mas não permitidas pelo Estado local.

A escola italiana, como a esboçou o seu fundador, contrapõe ao *direito privado e doméstico*, que considera *extraterritorial*, o *direito público e político*, que considera *territorial* e aplicável tanto a nacionais e estrangeiros, declarando de ordem pública todas as leis tendentes a defender a soberania e a independência do Estado e fazendo aí entrar as leis de ordem *política*, as leis de ordem *moral* e as leis de ordem *económica*.

(1) Supra, pág. 391.

Savigny e a escola italiana já apresentam, pois, um *conceito* das leis-limite à aplicação do direito estrangeiro, as quais são, para Savigny, as leis rigorosamente imperativas fundadas no interesse geral e as que se opõem à admissão de instituições desconhecidas do direito local, e, na escola italiana, que lhes dá o nome de *leis de ordem pública*, as leis que respeitam à independência e autonomia do Estado.

Toda a elaboração doutrinal posterior tende ora a formular e esclarecer o conceito das leis de ordem pública, ora a determinar essas leis, para o efeito de precisar a sua função como limite da aplicação da lei normalmente competente para regular as relações jurídicas.

As fórmulas ou critérios adoptados pela doutrina para definir as leis de ordem pública são muito variáveis, podendo, porém, reduzir-se a três tipos fundamentais: o *tipo manciniano* que, atendendo mais ao conteúdo da lei, declara de ordem pública as leis que respeitam aos direitos e interesses supremos do Estado, as quais não podem ser preteridas por leis estrangeiras, sem prejuízo da conservação e desenvolvimento do mesmo Estado; o *tipo fusiñatiano*, que atende mais à antinomia das leis e vê a razão da exclusão das leis estrangeiras pela *lex fori* na existência de diferenças essenciais entre as leis do país e as leis estrangeiras; e o *tipo fioriano*, que atende de preferência ao grau de carácter obrigatório das leis, declarando de ordem pública as leis absolutamente imperativas.

Ao primeiro tipo pertencem, por exemplo, os critérios: de Laurent, que considera leis de ordem pública as relativas aos *direitos da sociedade*; de Despagnet, que considera assim as leis respeitantes aos *interesses essenciais do Estado*; de Weiss, para quem são leis de ordem pública as leis de *interesse geral*; de Pillet, que coloca nessa categoria as leis referentes às *condições essenciais à existência pacífica de uma sociedade* ou as leis feitas no *interesse da comunidade*; e do Dr. Marnoco e Sousa, que considera de ordem pública as leis que constituem *condições essenciais à existência e desenvolvimento do Estado* (1).

Ao segundo tipo, além do conceito de Fusinato, que baseava a excepção de ordem pública na antinomia directa entre a lei estrangeira e os princípios vigentes num território acerca da constituição da família, da sociedade e do Estado (2), pertence a teoria de Bartin, o qual, num estudo admirável de profundidade sobre as leis de ordem pública, procurou demonstrar que estas traduzem

(1) Vide Laurent, *Droit civil internationale*, tom I, n.º 26; Despagnet, ob. cit., n.º 107; Weiss, *Traité*, III, pág. 85 e seg.; Pillet, *Principes*, n.º 187; Dr. Marnoco e Sousa, *Execução extraterritorial das sentenças civis e comerciais*, pág. 228.

(2) Fusinato, *Il principio della scuola italiana nel diritto privato internazionale*, no *Archivio giuridico*, XXXIII, pág. 66.

sempre uma *falta de comunidade internacional* entre o Estado local e o Estado estrangeiro cuja lei, embora normalmente competente para regular a relação jurídica, é substituída pela lei local de ordem pública, falta de comunidade internacional que se revela em as leis civis serem *essencialmente diferentes umas das outras*, sendo a divergência fundamental entre a *lex fori* e a lei estrangeira que conduz à rejeição desta para regular dada relação jurídica (1).

Ao terceiro tipo já pode dizer-se pertencer tanto a doutrina de Waechter, que aponta como limite à aplicação das leis estrangeiras as *leges cogentes*, como a doutrina de Savigny, enquanto afirmou que a primeira série de excepções à comunidade de direito era constituída pelas *leis positivas rigorosamente obrigatórias*, mas foi Fiore quem, do nosso conhecimento, mais pôs em relevo esse conceito de determinação das leis de ordem pública e, por isso, sublinhamos com o seu nome a designação do critério que atende ao grau de força obrigatória das leis para lhes atribuir o carácter de leis de ordem pública (2).

Onde estará a verdade científica? Em algum desses critérios exclusivamente, ou em todos eles parcialmente?

Creemos que os três critérios, coordenados, nos podem dar, se não a fórmula exacta e infalível da determinação das leis de ordem pública, por isso que uma fórmula com tais caracteres se nos afigura inteiramente impossível, pelo menos no estado actual da ciência do direito internacional privado, um *princípio de orientação* para, na maioria dos casos, verificar se se trata ou não de uma lei de ordem pública internacional.

Começaremos por notar que o problema do limite das leis de ordem pública em direito internacional privado aparece a propósito dos *conflitos das leis privadas*, isto é, dos conflitos de leis relativas quer aos elementos gerais da relação jurídica de direito privado, quer às relações jurídicas de direito privado — direitos de crédito, direitos reais, direitos de família e direitos de sucessão. O problema consiste, por isso, em determinar se a uma relação jurídica de direito privado deverá aplicar-se a lei normalmente competente quando essa lei seja estrangeira, ou se à lei estrangeira deverá substituir-se a *lex fori*.

Sendo assim, torna-se para nós evidente que, para à lei normalmente competente se substituir a *lex fori*, deve esta ser rigorosamente imperativa, não se compreendendo uma limitação de tamanha gravidade a respeito de uma lei cujo imperativo não esteja absolutamente acima da vontade individual, por isso mesmo que se trata de afastar uma lei cuja

(1) Bartin, *Études de droit international privé*, pág. 189 e 264.

(2) Fiore, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XIX, pág. 354 e seg.; *Clunet*, 1908, pág. 551 e seg.

competência foi determinada em harmonia com a natureza da relação jurídica (1).

Mas se a lei de ordem pública deve ser rigorosamente imperativa, também pertence àquele número de leis que são *obrigatórias* tanto para nacionais como para estrangeiros, e portanto não pode deixar de ser uma lei baseada no interesse da comunidade, isto é, no interesse do Estado, garantindo alguma das condições essenciais à existência da mesma comunidade, pois, se pudessem ter-se como de ordem pública internacional as leis relativas aos interesses dos indivíduos considerados em si mesmos, desaparecia, pode dizer-se, o valor das regras de conflitos de leis, por não haver conflitos de leis imperativas que não devessem ser resolvidos pela *lex fori*, o que seria contra toda a construção doutrinal e legal relativa ao problema dos conflitos de leis.

O critério de Fiore coordena-se, pois, nitidamente com o critério de Mancini, completando-se e esclarecendo-se os dois critérios mutuamente. Mas poderá dizer-se o mesmo do critério de Fusinato?

Poderia parecer que não, atendendo à seguinte consideração. A lei absolutamente imperativa, fundada no interesse geral do Estado, deve ser sempre aplicada, qualquer que seja o grau de diferença entre ela e a lei estrangeira normalmente competente para regular a respectiva relação jurídica, pouco importando, portanto, que a divergência entre a *lex fori* e a lei estrangeira seja essencial ou seja secundária.

Cremos, porém, que esta consideração não procede. As normas de conflitos de leis, determinando as leis normalmente competentes para regular as relações jurídicas em harmonia com a natureza destas relações, representam a *regra* de protecção dos titulares dos direitos constituídos pelas mesmas relações jurídicas, e as leis de ordem pública internacional são uma *excepção* fundada no interesse geral do Estado local. Sempre, por isso, que seja possível manter a regra, sem prejudicar o destino da excepção, a regra deve persistir e aplicar-se a lei normalmente competente. Ora, parece evidente que, na hipótese de, entre a *lex fori* e a lei estrangeira competente, haver, não uma divergência fundamental, mas uma simples diferença accidental, a aplicação da lei estrangeira, por um lado, não lesa o interesse geral do Estado local, pois que a *lex fori* e a lei estrangeira são fundamentalmente semelhantes, e, por outro lado, é a que está em harmonia com a natureza da relação jurídica e melhor pro-

tege os direitos do indivíduo, não havendo portanto razão para considerar a correspondente *lex fori* como uma lei de ordem pública internacional.

Sendo assim, bem pode dizer-se que o critério de Fusinato se coordena com os critérios de Fiore e Mancini, e pode afirmar-se que a lei estrangeira competente apenas deve ser afastada quando entre ela e a *lex fori* houver uma divergência essencial, e não uma simples divergência de carácter secundário.

Mas, quando as leis privadas de um Estado divergem profundamente das leis de outro Estado, relativamente, por exemplo, ao direito de família, é certamente porque não existe entre esses dois Estados comunidade de conceitos e sentimentos, pelo menos a respeito de determinados pontos, isto é, a divergência essencial das leis civis baseia-se numa falta de comunidade internacional.

No fundo, portanto, o pensamento de Mancini condiz com o pensamento de Fiore, e com o pensamento de Fusinato e de Barfin. A lei de ordem pública deve ser uma lei relativa a uma condição de existência do Estado, deve ser uma lei essencialmente divergente da lei estrangeira normalmente competente para regular a respectiva relação jurídica, e deve ser uma lei absolutamente imperativa. Quando a *lex fori* reúna todos estes caracteres, deverá o tribunal excluir a lei estrangeira, embora, segundo as regras de conflitos do direito local, ela seja normalmente competente para regular a relação jurídica.

E agora, se bem pensarmos, notaremos que tudo isto se continha, mais ou menos explicitamente, na doutrina de Savigny. Em verdade, também ele fala em leis rigorosamente obrigatórias, só considera assim as que se fundam num interesse diferente do mero interesse do indivíduo, e portanto atende ao interesse do Estado, e vê nas leis rigorosamente obrigatórias um limite da comunidade de direito, o que indica que, no seu pensamento, as leis-limite à aplicação das leis estrangeiras representam uma falta de comunidade internacional entre o Estado local e o Estado autor da lei. Notando isto mesmo a respeito da sua teoria, escreve Barfin estas nobres palavras: «On sait du reste que c'est toujours aux doctrines de Savigny qu'il faut en revenir quand on s'occupe du conflit des lois. Il a si profondément fouillé le sol et creusé le sillon qu'il ne reste guère aux jurisconsultes modernes qu'à suivre docilement les indications dont son œuvre est pleine. Et si ces pages perdent par là même le peu d'originalité qui pourraient en faire le prix, la doctrine qu'elles établissent bénéficiera du moins de l'autorité du grand jurisconsulte qui l'a inspirée» (1).

Nunca se esqueça, porém, que o critério que fica esboçado não é um *critério infalível*, para, em todos os casos, definir as leis de ordem pública, mas um simples *critério de orientação*,

(1) Devemos, porém, notar que, ao afirmarmos que a lei de ordem pública deve ser *imperativa*, não queremos significar que seja sempre *preceptiva*, impondo a prática de um acto, mas sim que o seu preceito não possa ser preterido por um acto de vontade, por um acto de *renúncia* ao poder jurídico estabelecido pela regra de direito quando esta tenha a forma de uma lei permissiva.

(1) Ob. cit., pág. 255.

que, na *generalidade dos casos*, pode indicar ao juiz se a *lex fori* deve ou não ser considerada de ordem pública internacional. E cremos que não pode mesmo passar-se de um critério de orientação e pretender formular um critério de exactidão matemática e de infalibilidade prática, que habilite a determinar com inteira precisão as leis de ordem pública internacional. Para um semelhante critério ser possível, tornar-se-ia necessário que as leis de ordem pública fôsem sempre as mesmas, para, da sua *fixidez*, resultar a *certeza* da sua determinação.

Não é, porém, assim. As leis de ordem pública não só variam no *espaço*, isto é, de país para país, mas variam no *tempo* dentro do mesmo país, e por isso escapam e escappão sempre, certamente, a uma determinação rigorosamente exacta.

Nestes termos, nem se pode formular um critério rigoroso aplicável a todas as legislações e, por assim dizer, superior às mesmas legislações, nem um critério matematicamente rigoroso para cada país.

A impossibilidade de formular um critério geral aplicável a todas as legislações é manifesta. Como nota Aubry, em face da diferença profunda que muitas vezes separa as legislações dos diferentes países, resulta naturalmente «que não poderia descobrir-se um critério graças ao qual as diversas legislações fôsem todas conduzidas a reservar exactamente sobre os mesmos pontos, e na mesma medida, a aplicação exclusiva das suas próprias disposições, pois que nas matérias em que o seu espírito difere, e pode diferir absolutamente, a coincidência de resultados é inconcebível» (1).

A concepção da ordem pública tem assim de ser considerada separadamente a respeito de cada país, tem fatalmente um *cunho nacional*.

Mas será possível estabelecer um critério exacto e invariável para cada país? Ainda isso é impossível, em face da *mobibilidade* dos conceitos jurídicos e dos *sentimentos* de cada povo, a qual conduz à variabilidade das leis de ordem pública. Boissarie (2) pôs em relêvo a tendência de redução progressiva das leis de ordem pública. Bartin (3) documentou com dados jurisprudenciais esta tendência. Pillet (4) elevou à altura de uma qualidade das leis de ordem pública a sua *actualidade*. Aubry (5) pôs em evidência o factor sentimental na determinação das leis de ordem pública. E tudo isto significa que a noção

de ordem pública é mais ou menos ondeante é, por isso, escapa a um critério rígido e dogmático de determinação das leis que ela torna limite das leis estrangeiras normalmente competentes para regular as relações jurídicas.

Não pode, pois, passar-se além de um *critério de orientação*, o qual, em nosso entender, resulta da aproximação dos elementos que nos aparecem dispersos no critério de Fiore — o *carácter absolutamente imperativo*, no critério de Mancini — o *interesse da comunidade* como conteúdo da lei imperativa, e no critério de Fusinato e Bartin — a *divergência fundamental* entre a lei estrangeira e a *lex fori*. Quando estes três elementos se conjuguem, pode afirmar-se, sem receio de errar, que se trata de uma lei de ordem pública.

À face d'êste critério de orientação, nunca serão de ordem pública as *leis supletivas*. Meramente destinadas a suprir a manifestação da vontade, são de puro interesse individual, não se tornando nunca legítima a sua substituição às leis estrangeiras normalmente competentes.

Também não poderão considerar-se de ordem pública as leis cuja infracção dá lugar a uma nulidade sanável pela vontade dos interessados, como entre nós acontece com as leis relativas aos vícios do consentimento (Cód. civil, art. 687.º, 688.º, 689.º, 690.º e 696.º). Semelhantes leis são visivelmente de interesse particular, e por isso o seu imperativo não deve limitar a aplicação das leis estrangeiras.

As demais leis imperativas, isto é, aquelas cuja infracção produz nulidade insanável, nem todas são ainda de ordem pública internacional. E' o que se vê claramente a respeito das leis respeitantes ao estado das pessoas e à forma dos actos, cuja infracção dá lugar a uma nulidade insanável e, contudo, são por todos consideradas de competência ou de valor extrritorial. Será, porém, possível discriminar, entre as leis imperativas d'êste grupo, as que são de ordem pública interna e as que são de ordem pública internacional?

171 — II — *Classificação das leis imperativas em leis de ordem pública interna e em leis de ordem pública internacional*. As leis imperativas, isto é, as leis que estão acima da vontade dos individuos, formam dois grandes grupos: umas que *estão sujeitas às regras de conflitos*; outras que *limitam a função das regras de conflitos*.

As primeiras são as *leis de ordem pública interna*. Per-tencem, em princípio, a êste grupo as leis que denominamos leis pessoais e leis de competência localizada.

Em geral, estas leis têm a sua aplicação dependente das regras de competência legislativa formulada pela *lex fori*.

As segundas são as *leis de ordem pública internacional*. Estas leis desviam a aplicação da lei competente segundo as regras de conflitos.

(1) *De la notion de territorialité en droit international privé*, em Clunet, 1902, pág. 239.

(2) Boissarie, *De la notion d'ordre public en droit international privé*, Paris, 1888, pág. 158 e seg.

(3) Ob. cit., pág. 252 e seg.

(4) *Principes*, n.º 201.

(5) Clunet, cit., 1902, pág. 239 e 240.

que, na *generalidade dos casos*, pode indicar ao juiz se a *lex fori* deve ou não ser considerada de ordem pública internacional. E cremos que não pode mesmo passar-se de um critério de orientação e pretender formular um critério de exactidão matemática e de infalibilidade prática, que habilite a determinar com inteira precisão as leis de ordem pública internacional. Para um semelhante critério ser possível, tornar-se-ia necessário que as leis de ordem pública fôsem sempre as mesmas, para, da sua *fixidez*, resultar a *certeza* da sua determinação.

Não é, porém, assim. As leis de ordem pública não só variam no *espaço*, isto é, de país para país, mas variam no *tempo* dentro do mesmo país, e por isso escapam e escappão sempre, certamente, a uma determinação rigorosamente exacta.

Nestes termos, nem se pode formular um critério rigoroso aplicável a todas as legislações e, por assim dizer, superior às mesmas legislações, nem um critério matematicamente rigoroso para cada país.

A impossibilidade de formular um critério geral aplicável a todas as legislações é manifesta. Como nota Aubry, em face da diferença profunda que muitas vezes separa as legislações dos diferentes países, resulta naturalmente « que não poderia descobrir-se um critério graças ao qual as diversas legislações fôsem todas conduzidas a reservar exactamente sobre os mesmos pontos, e na mesma medida, a aplicação exclusiva das suas próprias disposições, pois que nas matérias em que o seu espírito difere, e pode diferir absolutamente, a coincidência de resultados é inconcebível » (1).

A concepção da ordem pública tem assim de ser considerada separadamente a respeito de cada país, tem fatalmente um *cunho nacional*.

Mas será possível estabelecer um critério exacto e invariável para cada país? Ainda isso é impossível, em face da *mobibilidade* dos conceitos jurídicos e dos *sentimentos* de cada povo, a qual conduz à variabilidade das leis de ordem pública. Boissarie (2) pôs em relêvo a tendência de redução progressiva das leis de ordem pública. Bartin (3) documentou com dados jurisprudenciais esta tendência. Pillet (4) elevou à altura de uma qualidade das leis de ordem pública a sua *actualidade*. Aubry (5) pôs em evidência o factor sentimental na determinação das leis de ordem pública. E tudo isto significa que a noção

de ordem pública é mais ou menos ondeante e, por isso, escappa a um critério rígido e dogmático de determinação das leis que ela torna limite das leis estrangeiras normalmente competentes para regular as relações jurídicas.

Não pode, pois, passar-se além de um *critério de orientação*, o qual, em nosso entender, resulta da aproximação dos elementos que nos aparecem dispersos no critério de Fiore — o *carácter absolutamente imperativo*, no critério de Mancini — o *interesse da comunidade* como conteúdo da lei imperativa, e no critério de Fusinato e Bartin — a *divergência fundamental* entre a lei estrangeira e a *lex fori*. Quando estes três elementos se conjuguem, pode afirmar-se, sem receio de errar, que se trata de uma lei de ordem pública.

À face deste critério de orientação, nunca serão de ordem pública as *leis suppletivas*. Meramente destinadas a suprir a manifestação da vontade, são de puro interesse individual, não se tornando nunca legítima a sua substituição às leis estrangeiras normalmente competentes.

Também não poderão considerar-se de ordem pública as leis cuja infracção dá lugar a uma nulidade sanável pela vontade dos interessados, como entre nós acontece com as leis relativas aos vícios do consentimento (Cód. civil, art. 687.º, 688.º, 689.º, 690.º e 696.º). Semelhantes leis são visivelmente de interesse particular, e por isso o seu imperativo não deve limitar a aplicação das leis estrangeiras.

As demais leis imperativas, isto é, aquelas cuja infracção produz nulidade insanável, nem todas são ainda de ordem pública internacional. E' o que se vê claramente a respeito das leis respeitantes ao estado das pessoas e à forma dos actos, cuja infracção dá lugar a uma nulidade insanável e, contudo, são por todos consideradas de competência ou de valor extraterritorial. Será, porém, possível discriminar, entre as leis imperativas dêsse grupo, as que são de ordem pública interna e as que são de ordem pública internacional?

171 — II — *Classificação das leis imperativas em leis de ordem pública interna e em leis de ordem pública internacional*. As leis imperativas, isto é, as leis que estão acima da vontade dos indivíduos, formam dois grandes grupos: umas que *estão sujeitas às regras de conflitos*; outras que *limitam a função das regras de conflitos*.

As primeiras são as *leis de ordem pública interna*. Pertencem, em princípio, a este grupo as leis que denominamos leis pessoais e leis de competência localizada.

Em geral, estas leis têm a sua aplicação dependente das regras de competência legislativa formulada pela *lex fori*.

As segundas são as *leis de ordem pública internacional*. Estas leis desviam a aplicação da lei competente segundo as regras de conflitos.

(1) *De la notion de territorialité en droit international privé*, em *Clunef*, 1902, pág. 239.

(2) Boissarie, *De la notion d'ordre public en droit international privé*, Paris, 1888, pág. 158 e seg.

(3) *Ob. cit.*, pág. 252 e seg.

(4) *Principes*, n.º 201.

(5) *Clunef*, *cit.*, 1902, pág. 239 e 240.

De modo que a diferença entre a lei de ordem pública interna e a lei de ordem pública internacional está em que esta deve ser sempre aplicada pelo juiz do Estado local, ao passo que aquela tem a sua aplicação dependente de uma regra de conflitos local lhe atribuir ou não competência, podendo portanto ser aplicada ela ou uma lei estrangeira. Assim, nos Estados que admitem o princípio *locus regit actum*, a lei reguladora da forma externa dos actos é uma lei de ordem pública interna, devendo ser aplicada pelo juiz a lei do seu país ou uma lei estrangeira, segundo o lugar onde o acto tenha sido praticado; e, nos Estados que proíbem a poligamia, a lei que impede um segundo casamento sem que o primeiro tenha sido dissolvido, é uma lei de ordem pública internacional, que o juiz deve aplicar sempre, quer se trate de um súbdito do Estado local, quer se trate de súbditos de um Estado que admita a poligamia.

Esta classificação das leis imperativas em leis de ordem pública interna e leis de ordem pública internacional deve-se a Brocher, que a derivou do estudo comparativo do artigo 3.º e do artigo 6.º do Código civil francês.

Este código, ao mesmo tempo que dispõe no artigo 3.º, alínea 1.ª, que as «leis de policia e de segurança obrigam todos aqueles que habitam o território», determina no artigo 6.º que «não podem ser derogadas por convenções particulares as leis que interessam à ordem pública e as bons costumes». Analisando estes preceitos, diz Brocher que eles são independentes um do outro, referindo-se o primeiro à *ordem pública internacional*, e referindo-se o segundo à *ordem pública interna*. O artigo 3.º indica as leis obrigatórias tanto para nacionais como para estrangeiros; é uma regra de conflitos. «O lugar ocupado, escreve, na economia do código, pelo texto em questão prova que se trata da ordem pública internacional. São conflitos de leis que o legislador se propõe afastar». O artigo 6.º marca o limite da liberdade individual perante as regras de direito, indicando as leis que estão acima da vontade das partes. «Os limites impostos à liberdade individual não têm, em princípio e no sistema do código, nenhuma influência necessária na ordem pública internacional».

Procurando distinguir uma da outra as duas formas da ordem pública, escreve: «Os mesmos elementos se encontram, geralmente, na base das duas formas de ordem pública: desenvolvimento normal e segurança do Estado, princípios superiores de solidariedade, regras imperativamente impostas pela moral ou pela religião. Estas bases comuns conduzem igualmente a resultados exteriormente análogos, manifestando-se com rigor excepcional na aplicação de certos princípios. Não deixa de haver, porém, uma distinção capital, que importa manter.

«A ordem pública interna desenvolve-se no seio de uma só e a mesma legislação; entre a vontade do soberano não con-

testado e a vontade dos súbditos que dele dependem e a que se trata de fixar os limites. É entre soberanias diversas que importa traçá-los quando se trata da ordem pública internacional. Os textos do código têm o mérito de exprimir nitidamente esta distinção, cuja importância não poderia ser desconhecida. O exemplo mais frisante que se cita para demonstrar a sua realidade, tira-se das regras seguidas a respeito do estado e capacidade das pessoas. No direito interno, esta matéria pertence manifestamente à ordem pública; a vontade do legislador aparece aí como exclusivamente soberana, não tendo diante de si senão vontades individuais que êle tem o direito de submeter de modo absoluto em certos casos» (1).

A distinção de Brocher foi aceita e desenvolvida por Bustamante.

Este escritor começa por distinguir as leis de *ordem privada* das leis de *ordem pública*.

As leis de ordem privada são as que têm *carácter supletivo*, no sentido de que somente obrigam dentro dos limites consentidos pela vontade das partes. São leis meramente dispositivas dependentes de uma manifestação da vontade em contrário.

As leis de ordem pública são aquelas que excluem a disposição em contrário da vontade individual. São as *leis imperativas*.

Por sua vez, as leis de ordem pública formam duas classes: leis de *ordem pública interna* e leis de *ordem pública internacional*.

umas e outras ligam-se à existência do Estado e à sua finalidade, e tanto umas como outras são suficientemente garantidas na vida interna do Estado, quando feitas valer dentro do seu território em face da vontade dos indivíduos que pertencem ao mesmo Estado.

Contudo, as leis da primeira categoria são obrigatórias apenas para os cidadãos, como as relativas ao limite de idade para contrair matrimónio. Semelhantes leis são de ordem pública pelo seu carácter absoluto e pelo interesse público donde derivam e que justifica êsse carácter; mas são de ordem pública interna, porque o seu fim se consegue desde que se sujeitem ao seu império os súbditos do Estado.

As leis da segunda categoria são absolutamente obrigatórias tanto para os súbditos do Estado como para os estrangeiros, por assim o exigirem os direitos fundamentais do Estado, a sua constituição política, a sua integridade e a essência do seu poder. São leis de ordem pública internacional, por traduzirem os direitos do Estado nas suas relações com os outros Estados, assim como as leis de ordem pública interna traduzem as relações do Estado com os seus súbditos.

(1) *Cours de droit international privé*, I, n.º 44.

Desenvolvendo o seu pensamento, escreve Bustamante « Quando o preceito de uma regra de direito pode ser substituído por outro preceito sem que daí resulte ofensa nem para a sociedade civil nas suas exigências, nem para a sociedade política nas suas necessidades, pode afirmar-se com certeza que aquele preceito faz parte do direito supletivo e pertence à ordem privada. Se da substituição ou modificação do preceito resultante de uma regra de direito resulta prejuízo ou lesão para as pessoas que constituem a sociedade ou para a sua coesão civil, trata-se de uma lei de ordem pública interna. Se, por fim, uma dada norma é tão essencial para o Estado que a sua infracção perturba a ordem jurídica territorial, mesmo quando praticada por estrangeiros dentro do território, essa norma constitui um preceito de ordem pública internacional (1).

A classificação de Brocher foi criticada, entre outros, por Antoine Dillet, pela dupla razão de que ela identifica as leis de ordem pública com as leis imperativas, quando é certo que sòmente merecem o nome de leis de ordem pública aquelas cujo fim social consiste em realizar uma ordem necessária, um arranjo fixo e invariável a que devem submeter-se estrangeiros e nacionais, e de que, chamando-se a estas últimas *leis de ordem pública internacional*, se adopta uma designação que tem o defeito de basear a suposição de que pode haver uma ordem pública internacional distinta da ordem pública nacional, quando é certo que da independência do Estado resulta que o conceito de ordem pública é exclusivamente nacional, pois que o Estado, competente para definir a sua própria ordem pública, é radicalmente incompetente para se intrometer na manutenção da ordem pública de qualquer outro Estado (2).

A crítica de Dillet perde muito do seu valor desde que se considere, por um lado, que é de interesse público a *certeza* das relações jurídicas que procura obter-se com as leis imperativas, mesmo quando, exigindo uma regra obrigatória, se não exige que a regra tenha êste ou aquele conteúdo, o que acontece com as leis de ordem pública interna, que, quanto aos estrangeiros, podem ser substituídos por preceitos, imperativos sim, mas de *imperativo diferente* do estabelecido pelas leis do Estado local (3), e, por outro lado, que pela fórmula *leis de*

ordem pública internacional entendia Brocher e se entendem geralmente as *leis de um Estado* aplicáveis tanto a nacionais como a estrangeiros, sendo certo, como nota Catellani, que a distinção de ordem pública interna e ordem pública internacional se refere, não à territorialidade ou extraterritorialidade do preceito, mas à generalidade da sua aplicação tanto a nacionais como a estrangeiros (4).

No fundo, a classificação tem a vantagem de mostrar que as leis-limite à aplicação das leis normalmente competentes para regular as relações jurídicas não são *quaisquer leis imperativas* com que se procura assegurar a certeza das relações jurídicas, mas apenas as leis imperativas que traduzem a necessidade de uma *certeza absoluta e sempre a mesma* tanto a respeito de nacionais como a respeito de estrangeiros.

172—III—*Diferenciação entre leis de ordem pública internacional e as leis estranhas aos conflitos das leis privadas.*

Uma das grandes dificuldades em que anda envolvida a teoria das leis de ordem pública internacional resulta de não se precisar com rigor o campo de acção destas leis. Com efeito, na fórmula *vaga leis de ordem pública internacional* ou simplesmente *leis de ordem pública*, têm alguns escritores compreendido leis que aí não cabem, ou porque estão naturalmente fora da esfera de acção dos conflitos das leis privadas, ou porque têm o seu lugar entre as leis de *competência normal*. Sendo assim, um dos elementos de clareza a introduzir na fórmula *leis de ordem pública internacional* é demarcar o campo de acção destas leis. Isso vamos tentar.

Em primeiro lugar, observaremos que o problema dos conflitos de leis, como problema fundamental do direito internacional privado, tem o seu âmbito delimitado pelas leis de direito privado, isto é, pelas leis civis e comerciais, enquanto regulam os elementos da relação jurídica em geral ou regulam as instituições do direito privado—os direitos de crédito, os direitos reais, os direitos de família e os direitos de sucessão. É, por isso, às leis civis ou comerciais que têm de ir buscar-se as leis normalmente competentes para regular as relações jurídicas, e,

ressa, porém, que tal regra seja concretamente formulada de um modo ou de outro, por outras palavras, que tenha êste ou aquele conteúdo. E acontece assim porque, na maior parte dos casos, a sociedade é interiorizada na certeza das relações jurídicas, mas não numa determinada exteriorização de tal certeza. Ao contrário, em outros casos menos numerosos, interessa respectivamente a cada Estado não só que uma determinada relação jurídica seja regulada com certeza, mas que tal certeza se concretize numa regra determinada no seu conteúdo, com exclusão de qualquer outra. Em tal caso, nenhuma vontade contrária das partes e nenhuma disposição contrária de uma lei estrangeira poderá substituir-se, no território de cada Estado, à disposição correspondente da lei territorial» (Ob. cit., pág. 361 e 362).

(1) Ob. cit., pág. 403.

(1) Catellani, II, pág. 399 e seg.

(2) *Principes*, n.º 185.

(3) Para esclarecer a ideia formulada no texto, vamos transcrever uma passagem da obra de Catellani citada na nota acima, a qual muito elucida o alcance da distinção entre a ordem pública interna e a ordem pública internacional. Ei-la: « Sempre que o legislador formula um preceito, fá-lo porque interessa à sociedade que uma determinada coisa, pessoa ou relação seja regulada pela lei de modo preciso. Mas, na maior parte dos casos, se é necessário para a sociedade que exista *uma* regra obrigatória, não lhe inte-

porque a lei de ordem pública é uma lei-limite à aplicação da lei normalmente competente, as leis de ordem pública que interessam ao direito internacional privado não podem deixar de ser ou os preceitos do direito civil ou comercial do país do tribunal, ou os princípios de direito em que assentam as instituições do direito privado. É, pois, nas leis civis ou comerciais ou nos princípios em que elas se baseiam que têm de procurar-se as leis de ordem pública (1).

E, a este propósito, devemos referir, como trazendo luz ao problema, a *classificação das leis* e das instituições jurídicas que, para determinar a função das regras de conflitos, faz Arminjon no estudo, de veras interessante, publicado na *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, sob o título: *Regras de direito internacional privado. Seu lugar na legislação* (2).

Classifica o autor as regras de direito e as instituições jurídicas em cinco grupos:

1.º) *Regras e instituições constitutivas*. São aquelas que constituem um *sistema jurídico*, entendendo-se por sistema

(1) A fim de esclarecer a doutrina exposta no texto, importa ter em conta a dupla função exercida pelas leis de ordem pública internacional. Como adiante veremos, essa função pode ser *proibitiva* ou *permissiva*, segundo proíbe ou permite um acto permitido ou proibido pela lei normalmente competente. Assim: quando, por exemplo, a lei normalmente competente para regular a capacidade matrimonial permite a poligamia e a *lex fori* estabelece com carácter dirimente absoluto o impedimento de casamento anterior não dissolvido, como acontece entre nós (Dec. n.º 1 de 25-X-1910, art. 4.º, n.º 6.º), a *lex fori*, aplicada como lei de ordem pública, exerce uma *função proibitiva*; e quando, por exemplo, a lei normalmente competente para regular a sucessão determina que os condenados ou os religiosos professos não podem adquirir por sucessão na qualidade de herdeiros, e a *lex fori* não estabelece essa incapacidade, e quando se entenda, como em nosso juízo deve entender-se, que é de ordem pública internacional a lei local que estabelece as incapacidades de gozo do direito de ser herdeiro, essa lei, antepondo-se à lei estrangeira normalmente competente, exerce uma *função permissiva*. Ora bem: a lei de ordem pública proibitiva é sempre uma *lei civil ou comercial expressamente formulada*, sendo aquela lei privada que proíbe o acto permitido pela lei estrangeira; a lei de ordem pública permissiva tanto pode ser uma lei civil ou comercial expressamente formulada, como um *princípio* informador do direito civil ou comercial, o que acontecerá quando o legislador, supondo, sem a formular, a liberdade de praticar determinados actos jurídicos, se limita a formular as restrições a essa liberdade. É o que se dá entre nós quanto aos impedimentos do casamento. O legislador, sem ter dito que podem casar todos aqueles a quem a lei o não proíbe, limitou-se a dizer quem não pode contrair casamento, e contudo não pode duvidar-se de que o legislador partiu do princípio da liberdade de contrair casamento, princípio que poderá obstar a que em Portugal se aplique uma lei estrangeira que proíba o casamento por um motivo de diferença de raça ou de religião, embora essa lei seja a lei normalmente competente para regular a capacidade matrimonial.

Eis a razão por que dissemos no texto que a lei de ordem pública internacional pode ser uma *lei civil ou comercial* ou um *princípio de direito* em que assentam as instituições do direito privado.

(2) Vol. xv (1920), pág. 402 e seg.

jurídico um grupo de pessoas unidas por um conjunto de regras de direito que ordenam os principais elementos da sua vida social, habitualmente mediante instituições judiciárias e administrativas. Pertencem a essa categoria: a) as regras de direito que regulam a atribuição da qualidade de membro do grupo, fazendo derivar essa qualidade da nacionalidade, da origem, do domicílio, da raça ou da religião; b) as regras de direito que definem a natureza do sistema jurídico, medem a sua esfera de acção e delimitam o território que lhe é próprio e sobre cuja superfície as instituições do sistema exercem a sua autoridade; c) as regras de direito que fixam, definem e classificam as leis que formam a legislação do sistema, e prescrevem as condições segundo as quais estas leis são promulgadas, modificadas e revogadas; d) as regras de direito que estabelecem e ajustam os órgãos do sistema — poderes públicos, tribunais —, medem as suas atribuições e determinam o seu processo. As regras e instituições constitutivas são assim as leis constitucionais, administrativas e de processo, as quais, representando as bases e a condição essencial da existência do sistema jurídico e assegurando a sua individualidade e autonomia, não podem ser colhidas senão na legislação do próprio sistema, não admitindo qualquer parilha com as leis de outros sistemas jurídicos e, portanto, com as leis estrangeiras.

2.º) *Regras construtivas ou de qualificação*. São aquelas que definem e classificam os sujeitos de direito, os bens, os actos e as relações jurídicas que constituem a matéria das instituições e das leis do sistema, determinando a natureza jurídica dos seres, das coisas e dos factos, isto é, dos termos e dos elementos das questões de direito. Como as constitutivas, as regras de qualificação são exclusivamente fornecidas pela legislação do sistema jurídico na esfera do qual uma questão jurídica qualquer se levanta.

3.º) *Regras de conexão* (rattachement) *ou regras distributivas*. São as regras de conflitos de leis e as regras de conflitos de jurisdições, as quais delimitam o alcance internacional das regras de direito substantivo e das regras de competência jurisdiccional e administrativa dos diversos sistemas jurídicos. São exclusivamente aplicáveis na esfera de acção (ressort) de cada sistema jurídico.

4.º) *Regras positivas e regras de competência judiciária e administrativa*. São as disposições do direito civil e comercial de cada sistema jurídico, que contêm a solução das dificuldades práticas, e as disposições que fixam em cada sistema a competência das jurisdições e das autoridades públicas, constituindo as duas ordens de disposições — de direito privado e de competência — as regras cujo alcance internacional é determinado pelas regras de conflitos.

5.º) *Regras positivas ou de competência absolutas*. *Regras de conexão puramente nacional* ou, segundo a termi-

nologia corrente, *regras de ordem pública internacional*. São regras de excepção às regras de conflitos (1).

Tal é a classificação de Arminjon. Tem claramente o mérito de pôr em evidência que as leis de ordem pública internacional têm, pelo que respeita aos conflitos de leis, o seu campo de acção restrito às regras de direito sôbre que podem versar os mesmos conflitos, que são as leis civis e comerciais, afastando assim as leis políticas, administrativas, de processo, de qualificação e de conflitos, que tantas vezes são chamadas leis de ordem pública, as quais, porém, só têm com as leis de ordem pública um ponto de contacto, que é excluírem a aplicação das leis estrangeiras da mesma categoria.

As verdadeiras leis de ordem pública que interessam ao direito internacional privado são, assim, quanto ao problema dos conflitos de leis apenas aquelas que excluem a aplicação de uma lei estrangeira civil ou comercial normalmente competente para regular uma relação jurídica de direito privado.

173—1V — *Diferenciação entre as leis de ordem pública internacional e as leis de competência localizada*. Ainda no intuito de delinear o campo de acção das leis de ordem pública internacional, notaremos que não se devem confundir estas leis com as leis de competência localizada. Quando se diz que uma lei é de ordem pública, como por exemplo, a lei reguladora da propriedade, e ao mesmo tempo se afirma que a competência dessa lei se determina pela situação dos bens, formulando-se o princípio de que a lei competente para reger a propriedade é a *lex rei sitæ*, comete-se um erro de técnica jurídica, derivado de um claro equívoco.

O erro de técnica está em se confundir uma lei de *compe-*

(1) Arminjon chama às regras de conflitos *regras de conexão ou regras distributivas*, as quais determinam as leis que, em princípio, devem regular as relações jurídicas, e as leis aplicáveis, segundo as regras de conflitos, denomina-as *regras positivas*, por conterem a resolução das questões que suscitam os conflitos. Reconhecendo, porém, que a regra positiva de um sistema jurídico estranho, aplicável segundo a regra geral de conexão, não deve aplicar-se quando da sua aplicação resulte uma *solução injusta*, admite *excepções* às regras gerais de conexão, excepções que têm como efeito a aplicação da lei do sistema jurídico onde se levanta a questão. As regras de excepção às regras gerais de conexão chama-as *regras de conexão puramente nacional*, por conduzirem sempre à aplicação da lei do sistema jurídico dentro do qual se levanta a questão, e as leis aplicáveis nos casos de excepção denomina-as *regras positivas absolutas*, por serem sempre aplicáveis dentro do sistema jurídico de que fazem parte. E deste modo substitui a fórmula geralmente usada *leis de ordem pública internacional*. Esta inovação de linguagem tem certamente a vantagem de fazer corresponder duas fórmulas diferentes às duas ideias que exprime a fórmula corrente *leis de ordem pública internacional*, a ideia de excepção à regra geral de conflitos e a ideia da aplicação exclusiva da *lex fori*. Semelhante vantagem não nos parece, contudo, suficiente para substituir a fórmula corrente, embora esta fórmula deva esclarecer-se com as ideias de Arminjon.

tência normal com uma lei de ordem pública. E o erro é evidente. Na sua formação histórica, o direito internacional privado propôs-se sempre, quanto aos conflitos de leis, fixar a competência das leis para reger as relações jurídicas e marcar o limite de aplicação da lei considerada competente. Ora é manifesto que uma lei não pode ser ao mesmo tempo lei normalmente competente e lei-limite. Uma ideia exclui a outra. A única doutrina rigorosa e exacta é, pois, esta: sempre que, atendendo aos elementos de conexão de uma relação jurídica com diferentes leis, se possa fixar uma lei normalmente competente para a regular, essa lei deve considerar-se de competência normal, e não de ordem pública.

O equívoco de que, em nosso entender, deriva aquele erro de técnica está em se confundir a *causa* da competência de uma lei com o *carácter* da mesma lei. A causa da competência normal de uma lei, por exemplo, a *lex rei sitæ* para reger a propriedade, pode ser o interesse geral do Estado da situação dos bens; mas, de o interesse desse Estado ser a causa da competência não deriva que a lei tenha o carácter de lei-limite. Pelo contrário, desde que todos os Estados estejam de acôrdo em que a *lex rei sitæ* é a lei competente para reger os bens, semelhante lei só poderia ser limite de si mesma, o que é um absurdo.

É por estas considerações que nos parece menos rigorosa a teoria das leis de ordem pública formulada por Pillet, o qual, esforçando-se por determinar as regras de competência daquelas leis (1), caiu, em nosso critério, no erro acima indicado. A lei de ordem pública é uma lei-limite, substitui ou paraliza a aplicação da lei normalmente competente, e, portanto, não pode ter uma teoria própria de determinação de competência, sendo esta teoria apenas possível para as leis de competência personalizada, de competência localizada ou de competência voluntária (2).

E que assim é ainda o mostra a consideração de que as leis de ordem pública internacional são tiradas em cada país das leis que, normalmente, são de competência personalizada ou de competência localizada, para as contrapor a uma lei estrangeira de competência personalizada, de competência localizada ou de competência voluntária, e por isso representam um *desvio* das regras de competência legislativa, e não uma *forma normal* da manifestação dessas regras. Quere dizer, as leis de ordem pública internacional são leis de direito privado que se aplicam a factos e relações jurídicas que, segundo as regras normais de competência legislativa, não deviam abranger. Assim, a lei portuguesa que regula a capacidade matrimo-

(1) *Principes*, n.º 202 e seg.

(2) Vide Arminjon, *Revue cit.*, xvi, pág. 12 a 14.

nia, que só deve aplicar-se normalmente, segundo a respectiva regra portuguesa de competência legislativa (Código civil, art. 24.º; reg. consular, art. 143.º) ao casamento de portugueses, quando se aplique como lei de ordem pública internacional, nos casos em que, como tal, deva aplicar-se para regular a capacidade matrimonial de estrangeiros, abrangerá factos que, normalmente, eram da competência de uma lei estrangeira. Em resumo, a competência das leis de ordem pública internacional é simplesmente uma competência *ratione fori*, inteiramente estranha à natureza das relações jurídicas, que é a base natural das regras de competência legislativa.

174—V—*Grau de possibilidade de especificação das leis de ordem pública internacional.* Circunscrita a esfera das leis de ordem pública internacional ao campo de acção das leis civis ou comerciais, que, em obediência a um interesse superior do Estado, devem aplicar-se tanto a nacionais como a estrangeiros, importa verificar se, dentro dessa esfera, é possível especificá-las.

Dada a importância prática da exacta determinação daquelas leis, o ideal de perfeição na resolução do delicado problema seria a especificação taxativa das mesmas leis, para coarctar o arbítrio dos tribunais e garantir devidamente os direitos dos particulares. Compreende-se, por isso, o aparecimento da tendência para fazer essa especificação.

Semelhante tendência pode dizer-se que começa com Savigny.

Com efeito, o eminente escritor disse que as leis que êle considerava *rigorosamente obrigatórias*, para o efeito de desviar a aplicação da lei competente segundo o princípio da comunidade de direito, não eram as leis imperativas feitas no interesse dos titulares dos direitos, mas sim as leis que se baseiam num *motivo moral*, ou num motivo de interesse geral (*pública utilitas*) de carácter *político*, de *polícia*, ou de *economia política*. De modo que Savigny considerava de ordem pública as leis *morais*, as leis *políticas*, as leis de *polícia* e as leis *económicas* (1).

Esta especificação foi em grande parte adoptada por Mancini, o qual limitou a aplicação da lei nacional do estrangeiro ou da lei escolhida pelos agentes dos actos jurídicos com as leis locais de *direito público* e com as leis de *ordem pública*, compreendendo esta os princípios superiores da *moral* e a *ordem económica* estabelecida numa sociedade. Leis de direito público, leis *morais* e leis *económicas*, tais eram para Mancini as leis de ordem pública (2).

(1) Ob. cit., pág. 58.

(2) Ob. cit., pág. 296 e 297.

E' assim comum a Savigny e a Mancini a *trilogia* das leis *morais*, das leis *políticas* e das leis *económicas*.

Esta trilogia foi aceita integralmente por Catellani, que também reduz as leis de ordem pública às três categorias—de leis *morais*, *políticas* e *económicas*.

Catellani, porém, desenvolve a sua doutrina, quer para *precisar* o critério de determinação de cada uma das três categorias de leis, quer para *enumerar* as que se contêm em cada categoria. Assim: quanto às *leis morais*, mostrando que são poucas as leis em que não seja possível descobrir um fim de ordem moral, entende, e com razão, que não devem considerar-se de ordem pública quaisquer leis *morais*, mas só aquelas leis civis cuja violação perturbaria gravemente a ordem pública da sociedade local; quanto às *leis políticas*, considerando assim as que respeitam à organização e personalidade política do Estado, indica como tais as regras do direito político propriamente dito, as leis administrativas, as leis penais e as leis de processo civil e penal; e, quanto às *leis económicas*, que são as que interessam à organização económica do Estado, considera dessa categoria as leis relativas à definição jurídica das coisas (independente das relações jurídicas de que as mesmas coisas podem ser objecto), como a sua classificação em imóveis e móveis, as leis destinadas a garantir o interesse de terceiros, como o registo dos actos de transmissão de imóveis, as leis relativas à constituição de servidões, de hipotecas ou de outros direitos reais, à notificação da cessão de créditos e à publicidade do contrato de matrimónio, e as leis que regulam e limitam os direitos e a actividade económica das pessoas colectivas (1).

Às três categorias de leis, Bustamante acrescentou uma quarta categoria, que denomina—*leis civis de carácter essencialmente político ou jurídico*. Como leis civis de carácter essencialmente político, considera as leis relativas à nacionalidade de origem, à naturalização, aos bens do domínio público, aos limites do contrato de trabalho, às garantias da propriedade e à proibição ou restrições das substituições fideicomissárias; e, como leis civis de carácter essencialmente jurídico, considera as referentes ao começo da força obrigatória das leis, ao valor da ignorância das leis quanto à responsabilidade de quem as infringe, à eficácia retroactiva das leis, ao efeito do desuso sobre as disposições legislativas, ao preenchimento das lacunas das leis, à contagem dos meses e dias, ao valor das presunções, ao regime das obrigações que derivam de culpa ou negligência, à determinação da medida dos direitos dos estrangeiros, quando diversa da dos reconhecidos aos nacionais, bem como as regras de direito internacional privado estabelecidas pela *lex fori* e as

(1) Ob. cit., n.ºs 312 a 314.

leis respeitantes à formação e à capacidade, tanto de gozo como de exercício de direitos, das pessoas colectivas (1).

Catellani faz à nova categoria de leis de ordem pública admitida por Bustamante a dupla crítica de que a designação de *leis de carácter essencialmente jurídico* podia conduzir a supor que existe uma categoria de leis mais numerosa sem esse carácter, e de que as leis compreendidas na quarta categoria de Bustamante podem reduzir-se a alguma das categorias anteriores. As críticas de Catellani são, a nosso ver, justas, mas a inovação de Bustamante fica como demonstração do esforço para precisar as leis de ordem pública.

Na corrente doutrinal que tem obedecido à tendência para especificar as leis de ordem pública, ainda indicaremos o professor Pillet.

Este professor, depois de dizer que as leis de ordem pública nasceram de certas grandes necessidades da vida dos Estados, enumera como *principais* as seguintes categorias: a) as *leis políticas*, como são as leis que organizam os direitos políticos e os direitos públicos e aquelas que punem os crimes políticos; b) as *leis morais*, como são as leis que estabelecem impedimentos dirimentes absolutos do casamento e as que proíbem a investigação da paternidade ilegítima; c) as *leis de segurança*, como são as leis penais e as leis relativas à responsabilidade por delitos civis; d) as *leis relativas à propriedade*, no que respeita à organização da propriedade e dos direitos reais, das restrições que podem afectar os direitos do proprietário, e das servidões a que está sujeita; e) as *leis de crédito público*, como são as leis relativas à circulação monetária, as leis sobre a usura e as leis relativas à publicidade dos actos jurídicos; f) as *leis relativas à execução forçada e à falência*, no que respeita à penhora, à venda dos bens confiados à guarda da justiça e à distribuição do dinheiro que daí provém; g) as *leis fiscais*, pelo que respeita à aplicação aos estrangeiros das regras relativas ao lançamento e à cobrança dos impostos a que eles estiverem sujeitos; h) as *leis de ordem*, como são os regulamentos administrativos, os regulamentos de polícia e as leis de processo.

Sobre esta enumeração, que é claramente *exemplificativa*, e não taxativa, como mostram o emprego do qualificativo *principais* e a generalidade de algumas categorias, como, por exemplo, as *leis de ordem*, construiu Pillet a sua teoria das leis de ordem pública, que é um dos traços mais salientes do seu sistema, a qual se resume no seguinte: 1.º as leis de ordem pública são as que aproveitam sobretudo à comunidade e são escritas no *interesse de todos*, e não no interesse pes-

soal de *cada um*; 2.º as leis de ordem pública têm como *caracteres a generalidade*, isto é, aplicam-se a todos os indivíduos que se encontram no território do Estado legislador, e a *territorialidade*, isto é, só se aplicam às pessoas que se encontram e aos factos que se passam dentro desse território; 3.º têm como qualidades — serem leis *excepcionais*, isto é, constituírem uma excepção às leis de protecção individual, — serem *leis de ordem pública nacional*, no sentido de que cada Estado apenas pode considerar de ordem pública as suas próprias leis, — e serem *leis actuais* ou *leis móveis*, isto é, poderem deixar de ser leis de ordem pública, passando a ser leis de protecção individual; 4.º estão sujeitas a *regras de competência legislativa* como as leis de protecção individual, determinando-se essa competência pelo elemento de conexão que conduza à aplicação da lei que melhor realize o fim que o legislador se propôs ao regular o respectivo facto ou relação jurídica; 5.º a territorialidade das leis de ordem pública é um elemento da comunidade de direito, e não um limite a esta comunidade, como pretendiam Savigny e Mancini, devendo reconhecer-se valor exterritorial à lei de ordem pública competente nestes termos: a) toda a relação jurídica estabelecida com ofensa da lei de ordem pública competente deve ser considerada irregular e sem efeito em toda a parte; b) toda a relação jurídica constituída em harmonia com as regras da lei de ordem pública competente deve ser válida em qualquer Estado, a não ser que seja contrária à ordem pública desse Estado, pois que, entre duas leis de ordem pública em conflito, o juiz deve escolher a sua (1).

Tal é, em resumo, a teoria de Pillet acerca das leis de ordem pública. Até onde será aceitável? Verificá-lo hemos no estudo, que vamos fazer, das diferentes questões respeitantes a essas leis. Por agora, limitar-nos hemos a verificar até onde é possível fazer-se a especificação das mesmas leis.

Acerca do problema da possibilidade da especificação das leis de ordem pública, dividiram-se os internacionalistas em duas correntes, julgando uns possível essa especificação e considerando-a outros impossível. A primeira corrente é representada, por exemplo, por Bustamante, e a segunda por Bartin (2) e Aubry (3).

Qual das duas correntes traduzirá a verdade científica?

Creemos que, como não é possível formular um critério que, na sua *elasticidade* e na sua *precisão*, possa indicar com segurança, em todo e qualquer caso, se uma lei é ou não de ordem pública, assim também não é possível estabelecer uma

(1) *Principes*, n.ºs 130 e seg. e 182 e seg.

(2) *Études*, pág. 256.

(3) *Clunet*, 1902, pág. 259.

(1) Catellani, II, n.º 515; Bustamante, *El orden publico*, pág. 259 e seg.

enumeração taxativa das leis de ordem pública. Em verdade, se não há um critério preciso de discriminação, não pode haver um *catálogo* completo das leis de ordem pública internacional.

Não acompanharemos, portanto, Bustamante, Catellani e Pillet, que, mais ou menos, obedeceram à preocupação de especificar as leis de ordem pública. E, sem querermos criticar a especificação por eles feita, diremos, contudo, que todos eles indicaram como leis de ordem pública internacional leis que destas são nitidamente distintas como, de uma maneira geral, as leis políticas, as leis administrativas, as leis de processo, as leis atributivas da nacionalidade, as leis que regulam o comêço e termo da fôrça obrigatória das leis, e as regras de conflitos e, até certo ponto, confundiram as leis de ordem pública internacional com leis de competência localizada, o que fizeram a respeito da lei reguladora da propriedade, sendo, em grande parte, a inclusão de leis estranhas o que avolumou o *catálogo* que cada um quis fazer das leis de ordem pública internacional.

Mas, se não pode fazer-se uma especificação taxativa destas leis, podem, contudo, em nosso critério, estabelecer-se *categorias de orientação*, isto é, categorias *moldes* em que entram as leis de ordem pública internacional.

Essas categorias de orientação são as já indicadas por Savigny e pela escola italiana, constituindo-as as leis *políticas*, as leis *morais* e as leis *econômicas*.

É destas três categorias que saem as leis de ordem pública. Quando uma lei de direito privado, isto é, uma lei relativa ao estado e capacidade das pessoas, aos direitos de crédito, aos direitos reais, às relações de família e às sucessões, tem um *motivo político*, como as leis que proíbem quaisquer diferenças jurídicas provenientes da diferença de confissão religiosa, ou um *motivo moral*, como as leis que proíbem a poligamia, o divórcio ou a investigação da paternidade ilegítima, ou um *motivo econômico*, como as leis relativas à proibição dos fideicomissos, e à defesa dos direitos de terceiros, v. g. os títulos de preferência, essa lei deverá ser considerada de ordem pública, quando a seu respeito se verificarem as condições exigidas pelo critério de orientação acima apresentado, isto é, desde que seja uma lei *imperativa*, uma lei *fundada no interesse geral da colectividade*, e uma lei *fundamentalmente divergente da lei estrangeira* normalmente competente para reger a relação jurídica de que se trata.

Só o interesse público pode desviar a aplicação da lei considerada competente para reger uma relação jurídica, e esse interesse pode ser ou de *organização social e política*, ou de *moral pública*, ou de *economia política*. Quando a lei estrangeira contraria uma lei local tendente a garantir o interesse público em alguma destas modalidades, havendo entre as duas leis uma divergência fundamental, compreende-se que a lei local

sobreleve à lei estrangeira e que isto seja afastada, embora, em princípio, normalmente competente para regular a relação jurídica em questão.

Se, porém, a lei local não tem por *conteúdo* o interesse público ou não é fundamentalmente divergente da lei estrangeira, não há motivo para afastar a lei normalmente competente para reger a relação jurídica.

Mas quais as leis de direito privado que, por um motivo político, por um motivo moral ou por um motivo econômico, devem limitar a aplicação das leis estrangeiras? A sua enumeração de *modo abstrato* é impossível, e a sua *indicação concreta* só pode fazer-se ao estudar o regime jurídico internacional das instituições do direito privado. É mesmo essa indicação concreta há de ter sempre muito de *subjectiva*, já que não tem sido possível formular um *critério objectivo* que resista às apreciações individuais, para que só *certas* e sempre as *mesmas leis* sejam consideradas de ordem pública.

Reservamos, por isso, para quando estudarmos o regime jurídico internacional, quer da *relação jurídica*, quer das *instituições do direito privado*, a indicação das leis que consideramos de ordem pública internacional que lhes sejam relativas.

175 — As leis de ordem pública revestem certas qualidades que importa conhecer, para melhor medir o seu valor. Podem essas qualidades reduzir-se a três: a feição nacional, a mobilidade, e o carácter excepcional:

a) *Feição nacional*. As exigências da ordem pública variam de Estado para Estado, segundo os conceitos dominantes em cada um deles, e por isso é evidente que de Estado para Estado varia a *matéria* das leis de ordem pública.

Mas, mesmo quando em dois Estados as exigências da ordem pública sejam iguais, cada um deles só tem interesse e só tem poder para defender a sua própria ordem pública, não tendo competência para ser juiz das necessidades e da defesa da ordem pública de outro Estado. De modo que, as leis de ordem pública, além de poderem ser de cunho nacional pelo seu *conteúdo*, são sempre nacionais pelo seu *destino*, que é a defesa do interesse geral do Estado legislador.

Este carácter nacional das leis de ordem pública, que foi posto em relêvo por Aubry (1) e Pillet (2), torna juridicamente insubsistente a distinção das leis de ordem pública em leis de ordem pública nacional ou *relativa* e leis de ordem pública universal ou *absoluta* (3), pois, embora a comparação científica possa encontrar em todos os Estados civilizados *alguns pre-*

(1) *Clunet*, 1901, pág. 267.

(2) *Principes*, n.º 200.

(3) Jitta, *Méthode*, pág. 173; Pillet, *Principes*, n.º 186.

ceitos *comuns*, que todos considerem de ordem pública, não só há sempre preceitos *próprios* de cada Estado, mas também cada Estado apenas tem interesse e poder para defender as *suas* leis de ordem pública, sendo de mais a mais certo que a dificuldade maior não está em encontrar o carácter de ordem pública nas leis que traduzem as exigências comuns a todos os Estados civilizados, mas em encontrar esse carácter nas leis que traduzem exigências próprias de cada um deles.

b) *Mobilidade*. Além de cunho nacional, as leis de ordem pública são leis *móveis*, ou leis *actuais*, o que significa que uma lei que era de ordem pública pode deixar de o ser e vice-versa, e que a apreciação da incompatibilidade da lei estrangeira com a lei local, por haver divergência entre elas e a última ser de ordem pública, deve ser referida ao próprio momento em que se discute se deve aplicar-se ou pôr-se de parte a lei normalmente competente. Ora, porque as leis de ordem pública correspondem às exigências do interesse geral e este pode variar, essas leis são *móveis*, e, porque o interesse do Estado só pode ser lesado se, no momento da aplicação da lei estrangeira, esse interesse exigir que tal lei seja afastada, são as mesmas leis *actuais*. Esta qualidade das leis de ordem pública é assim apreciada por Martin: «Resta-me dizer algumas palavras acerca da *actualidade* das disposições de ordem pública em direito internacional. É uma expressão que se deve a M. Pillet e que pode traduzir-se pela regra seguinte: se, como vimos, o juiz só pode ir buscar à sua própria legislação as disposições de ordem pública em razão das quais afasta a lei normalmente competente aplicável à relação jurídica submetida à sua apreciação, só pode, além disso, ir buscá-las à sua própria legislação na data em que decide» (1).

A mobilidade das leis de ordem pública tem-se operado, em geral, no sentido da sua progressiva redução, deixando de ser consideradas de ordem pública leis que já assim o tinham sido.

Apesar, porém, da sua redução progressiva, ainda é largo o campo das leis de ordem pública, não podendo prever-se, como nota Martin (2), o completo desaparecimento da excepção constituída por essas leis, embora possa prever-se a sua maior redução, à medida que forem desaparecendo as diferenças que hoje separam as leis privadas dos diferentes Estados (3).

c) *Carácter excepcional*. As leis de ordem pública são um limite à aplicação da lei normalmente competente para regular as relações jurídicas, consistindo a sua função em desviar a aplicação dessa lei, substituindo-a pela *lex fori*. Sendo assim,

(1) Ob. cit., pág. 280.

(2) Ob. cit., pág. 267.

(3) Vide, em sentido contrário, Arminjon, *Revue Darras*, xvi, pág. 22 e 23.

as leis de ordem pública têm carácter excepcional, pois restringem a aplicação de uma *regra*, modificando o *princípio* da comunidade de direito, o qual se realiza pela aplicação a cada relação jurídica da lei mais em harmonia com a sua natureza, e, por isso, o juiz deve tratá-las como todas as leis de excepção, isto é, interpretá-las restritivamente.

Este conceito do carácter excepcional das leis de ordem pública é diferente do apresentado por Pillet. Este escritor também considera excepcionais as leis de ordem pública, mas no campo do direito interno e no sentido de que a regra é constituída pelas leis de protecção individual, pela razão de que, num Estado bem organizado, as restrições derivadas das exigências da ordem pública devem constituir um somatório legislativo mais limitado do que o formado pelas leis de protecção individual (1). No campo do direito internacional, porém, a territorialidade das leis de ordem pública é, para aquele autor, uma regra paralela à regra da exterritorialidade das leis de protecção individual (2). O valor e alcance desta doutrina de Pillet analisá-lo hemos ao apreciar a sua doutrina acerca do efeito das leis de ordem pública internacional.

176 — Como as leis de competência normal, as leis de ordem pública internacional têm também os seus caracteres específicos. A determinação desses caracteres abrange o problema da *competência* e o problema do *efeito* das leis de ordem pública internacional.

a) *Competência*. Ao aplicar uma regra de direito internacional privado que resolve um conflito de leis, os tribunais tanto podem verificar que a lei *abstractamente* competente é uma lei do seu país, como verificar que é uma lei estrangeira. Se é competente uma lei do país, não há dificuldades. Para um tribunal as leis vigentes no seu país são sempre *justas* e ele deve aplicá-las, não podendo substituir-lhes o seu arbitrio.

Se, porém, a lei *abstractamente* competente for uma lei estrangeira, bem pode esta lei ser incompatível com as leis do seu país que, por uma razão política, por uma razão moral ou por uma razão económica, não têm por fim a simples garantia de interesses privados, mas miram à defesa de um interesse da comunidade. Então, o tribunal substitui a lei estrangeira *abstractamente justa* a sua própria lei que, *em concreto*, é para ele a *única lei justa*. ¿E porque é que o tribunal a aplica? ¿Porque é uma lei de competência personalizada ou de competência localizada? ¿Porque é essa a vontade das partes? Não. Pura e simplesmente porque é a *lex fori*. Aplica-a *ratione fori*. Dentro do território do Estado em nome de

(1) *Principes*, n.ºs 181 e 199.

(2) *Principes*, n.ºs 216 a 229.

quem administra justiça, aquela lei não pode ser preterida por uma lei estrangeira.

Ora, se a lei de ordem pública se aplica, e só se aplica, porque a respectiva relação jurídica é apreciada dentro do território do Estado legislador, trata-se de uma *lei de competência territorial*.

¿Mas que espécie de territorialidade é esta? ¿Será da mesma natureza que a territorialidade das leis de forma, por exemplo, quando se adopta o princípio *locus regit actum*? Não é. Há entre as duas formas de territorialidade uma diferença clara e fundamental, que foi posta em evidência por Aubry, no seu estudo já citado *De la notion de territorialité en droit international privé*. Segundo mostra este escritor, e os factos o demonstram à saciedade, uma lei pode ser de competência territorial quer *ratione loci*, quando se lhe atribui competência para reger os factos que se passam ou as coisas que estão situadas num determinado lugar, como acontece com as leis relativas à propriedade e com as leis de forma, quer *ratione fori*, quando se lhes atribui competência pelo facto de a acção ser proposta em determinado Estado e a lei deste Estado ser incompatível com a lei estrangeira normalmente competente para reger a respectiva relação jurídica ⁽¹⁾.

A competência territorial de uma lei reveste assim dois aspectos característicos e frisantemente diferenciados: competência territorial *normal*, que é o carácter das leis de competência localizada — *territorialidade ratione loci*; competência territorial *substituição*, que é a característica das leis de ordem pública — *territorialidade ratione fori*.

b) *Efeito*. As leis de competência territorial normal são claramente de efeito extraterritorial e constituem um elemento da comunidade de direito. Competência territorial e efeito extraterritorial, tais são os caracteres que assinalámos a essa classe de leis.

¿Mas as leis de ordem pública, que são de competência territorial, serão de efeito extraterritorial ou de efeito territorial?

Isto é: ¿o valor das leis de ordem pública limitar-se há ao território do Estado legislador ou deverão reconhecê-lo os tribunais dos outros Estados?

É este um dos problemas mais delicados da teoria das leis de ordem pública em direito internacional privado.

Têm-lhe sido dadas duas soluções.

Uma primeira solução é derivada da doutrina de Savigny e Mancini, é definida com precisão por Bartin, e é defendida por este autor e por Aubry. Eis como Bartin formula a sua doutrina: «Uma disposição legal nunca é de ordem pública senão no território submetido à lei civil que a contém, e para o

(1) *Clunet*, 1901, pág. 255 e seg.

juiz que administra justiça em nome dessa lei». Por isso, «a única lei que o juiz pode invocar para substituir excepcionalmente a lei normalmente competente é a sua própria lei» e, «quando o juiz de um país, devendo normalmente aplicar uma lei estrangeira, afasta esta lei por motivos de ordem pública internacional e lhe substitui as disposições correspondentes da sua própria lei, esta substituição apenas tem valor no território do Estado em nome de quem éle administra justiça. No território de outro Estado, a lei normalmente competente poderá muito bem retomar o seu império, supondo que a relação jurídica em litígio se encontra de novo submetida, sob qualquer forma, à apreciação do juiz desse outro Estado» ⁽¹⁾.

A primeira solução é, pois, que, para os tribunais de um Estado, só as leis desse Estado podem ser aplicadas como leis de ordem pública e que o efeito da aplicação de tais leis se limita ao território do mesmo Estado.

Uma segunda solução relaciona-se com a doutrina de Brocher e é defendida por Catellani e Pillet, formulando-a Pillet aproximadamente nestes termos: «As leis de ordem pública têm uma competência determinada como as leis de protecção individual, sendo competente para reger uma relação jurídica a lei de ordem pública do Estado em relação à qual se verifica o elemento de conexão que decide da competência, como a situação dos bens, o lugar da prática do facto ilícito, etc.; o acto nulo segundo a lei de ordem pública competente para o regular é nulo em todos os outros Estados; o acto válido em harmonia com a lei de ordem pública competente deve ser eficaz em todos os outros Estados, a não ser que seja contrário às suas próprias leis de ordem pública; a territorialidade das leis de ordem pública é assim um elemento da *comunidade* de direito, e não uma *excepção* a essa comunidade, como pretendiam Savigny e Mancini» ⁽²⁾.

¿Qual das duas soluções será a solução juridicamente exacta?

Creemos hoje que é a solução de Bartin e Aubry. O efeito das leis de ordem pública é meramente territorial.

É incontestável, porque assim resulta de toda a evolução doutrinária e de toda a evolução jurídica do direito internacional privado quanto ao problema dos conflitos de leis, que a resolução deste problema consiste em determinar a *competência das leis* que hão de regular as *relações jurídicas*.

A competência das leis ou é estabelecida numa regra de direito internacional propriamente dita ou numa lei interna sobre matéria internacional.

Se a regra de conflitos de leis é formulada numa regra de

(1) *Ob. cit.*, pág. 271 e 277; *Conf. Clunet*, *cit.*, pág. 255 e seg.

(2) *Principes*, pág. 420 e seg.

direito internacional pròpriamente dita, é dever do Estado aplicar a lei declarada competente por essa regra. É o natural significado do costume internacional ou do tratado que cria a mesma regra de conflitos de leis e por ela fixa a competência das leis. Por isso, o tribunal de um Estado sòbre o qual impende aquele dever tem lógicamente a obrigação de aplicar a lei assim considerada competente ao apreciar as relações jurídicas a que, em qualquer outro Estado, se tenha aplicado uma lei diferente, a título de lei de ordem pública. Dar efeito a uma relação jurídica é aplicar uma lei, e por isso apreciar uma relação jurídica, não em face da lei normalmente competente para a regular, mas em face de qualquer outra lei, é faltar ao cumprimento do preceito de direito internacional que dá competência a uma determinada lei. Entre a lei normalmente competente e qualquer outra lei, que não seja a sua própria lei de ordem pública, o juiz não deve hesitar. Só é lógica a aplicação da lei normalmente competente.

Se a regra de conflitos de leis é formulada numa lei interna, ao formulá-la, o legislador nacional, fixando a competência das leis, se dá competência a uma determinada lei, é porque considera essa lei *mais justa*, e por isso é igualmente natural que o tribunal do Estado autor da regra de conflitos, entre a lei que esse Estado considera justa e a lei que um outro, por seu lado, também declara justa, não deve hesitar, mas aplicar a lei que o seu próprio Estado considera mais justa.

Em segundo lugar, é inteiramente verdade, como notam Bartin e Aubry, e nisso concorda Pillet, que o juiz é defensor da sua própria ordem pública e não da ordem pública dos outros Estados, e por isso, se se compreende que êle deixe de aplicar a lei normalmente para lhe substituir as suas leis de ordem pública, já não é compreensível que à lei normalmente competente êle substitua as leis de ordem pública de Estados cuja defesa lhe não está confiada. Mas esta consideração assume maior relêvo, se se atender à seguinte consideração. A lei do Estado onde se passou o acto ou se constituiu a relação jurídica só pode ser aplicada—ou como *lei competente*, e para fixar a competência das leis de aplicação obrigatória para os tribunais de um Estado só tem autoridade ou a vontade colectiva dos Estados formulada em costumes ou em tratados, ou o Estado a que pertence o tribunal sentenciador, não podendo êste tribunal ter em consideração as regras de conflitos de leis formuladas por um legislador estrangeiro,—ou como *lei-limite* à lei competente em virtude das exigências da ordem pública, mas as exigências da ordem pública de um terceiro Estado não pode o juiz nem determiná-las nem dar-lhes efeitos.

Em terceiro lugar, cumpre observar que as regras de direito que, em qualquer Estado, formulam normas de conflitos de leis são, segundo a doutrina corrente, leis de ordem pública de carácter políptico, pois definem a esfera de acção recíproca das

leis nacionais e das leis estrangeiras; e por isso aplicar uma lei diferente da indicada nessas normas é ir de encontro a uma lei de ordem pública, o que leva à conclusão de que o juiz nunca poderá dar efeito a uma lei de ordem pública estrangeira que pôs de lado a lei normalmente competente, pois isso seria contrariar uma lei local de ordem pública e, entre a ordem pública local e a ordem pública estrangeira (nem Catellani, nem Pillet, nem ninguém hesita), o juiz deve preferir a ordem pública do seu país.

Notaremos, por fim, que a questão do valor territorial ou extraterritorial das leis de ordem pública se esclarece pela análise da diferença entre estas leis e as leis de competência localizada.

Pillet pôs o esforço brilhante da sua grande inteligência em resolver o problema da competência das leis de ordem pública (1). Dêsse esforço, porém, se resultou um progresso para o direito internacional privado, enquanto concorreu para fixar a competência de algumas leis a respeito das quais havia hesitações na doutrina, não derivou um argumento para apoiar a sua tese do efeito extraterritorial das leis de ordem pública.

Em verdade, se pode fixar-se, por meio de um elemento de conexão, a competência de uma lei que vigora no lugar da situação de uma coisa ou da realização de um facto, essa lei não é uma *lei-limite*, é uma *lei normalmente competente*, quer a sua competência normal resulte de um tratado ou de um costume internacional, quer resulte de uma lei interna. E, então, não estamos em face de uma lei de ordem pública no sentido geralmente atribuído a esta expressão, mas sim em face de uma lei de competência localizada, e nós já vimos que um dos caracteres destas leis é o valor extraterritorial.

As leis de ordem pública internacional começam onde acabam as leis de competência normal, constituindo o *resíduo*, de que nos fala Aubry (2), que sempre aparece no fundo do cadinho onde se elaboram as regras de conflitos de leis. As leis de ordem pública internacional aparecem-nos, por isso, como leis-limite à aplicação de leis estrangeiras relativas às pessoas, aos bens ou aos factos jurídicos, e daí resulta a clara consequência de que a sua competência não é uma *competência normal de organização*, mas uma *simples competência de substituição*.

Mas, contraposta assim a lei de ordem pública à lei de competência localizada, vê-se claramente que a lei de ordem pública nunca pode ser uma lei de competência normal e, por isso, quando estrangeira, não pode tolher a aplicação da lei normalmente competente fixada numa regra de direito internacional ou numa lei interna.

(1) *Principes*, n.ºs 202 e seg.

(2) *Clunet*, *cit.*, pág. 267.

177 — A lei de ordem pública, como lei-limite da lei normalmente competente, tanto pode proibir um acto permitido por esta lei, como pode permitir um acto por esta lei proibido, e por isso a *lex fori* tanto pode substituir a lei normalmente competente para proibir um acto, como pode substituí-la para o permitir.

Esta doutrina, que consideramos exacta, não é, porém, aceita por todos os escritores, sustentando alguns que a função das leis de ordem pública é meramente *proibitiva* e nunca *permissiva*. Importa, pois, apreciar este aspecto do problema, que é não só teóricamente interessante, mas praticamente importante.

O problema apareceu nas conferências da Haia a propósito do projecto de convenção relativa às condições de validade do casamento. A conferência de 1893 resolveu-o no sentido de que a lei do Estado de celebração do casamento *nunca* podia permitir um casamento proibido pela lei nacional. Isto é, a conferência não admitia que a lei relativa a impedimentos matrimoniais pudesse ser uma lei de *ordem pública permissiva*. «A regra geral, lê-se no relatório da comissão, admitida de modo absoluto pela comissão, é que uma pessoa que não pode casar segundo a sua lei nacional, não deve poder fazê-lo no país onde o casamento seja celebrado. Não pareceu que a ordem pública de um país possa exigir necessariamente que se reconheça, em virtude da lei deste país, a faculdade de casar a indivíduos que não a têm segundo a sua lei nacional. Não há razão suficiente para não reconhecer pleno efeito a esta lei» (1).

A conferência de 1900, contudo, examinando de novo o problema, seguiu a doutrina contrária, admitindo que a lei do lugar da celebração pode permitir o casamento proibido pela lei nacional por um motivo de carácter religioso. Justificando a nova disposição, escreve o relatório da comissão: «Se se tem em conta a ordem pública do país da celebração quando se trata de impedir um casamento, ainda que êle seja conforme à lei nacional, ¿porque não a ter em conta quando se trata de deixar celebrar um casamento que seria contrário à lei nacional?» (2).

A questão também apareceu na jurisprudência de diferentes países, a propósito, designadamente, do reconhecimento da faculdade de se divorciarem estrangeiros cuja lei nacional não admite o divórcio. A solução tem variado. A jurisprudência francesa, tendo primeiro reconhecido essa faculdade, por considerar a lei que estabelece o divórcio como uma lei de ordem pública, firmou-se depois em sentido contrário. É a mesma a

(1) Actes, de 1893, pág. 46.

(2) Actes, de 1900, pág. 173.

orientação da jurisprudência belga e da jurisprudência suíça. Todavia, a jurisprudência alemã anterior ao Código civil e a jurisprudência inglesa adoptaram a orientação de considerar a lei que estabelece o divórcio como lei de ordem pública permissiva, divorciando estrangeiros cuja lei nacional não admite o divórcio (1).

Na doutrina, a questão é resolvida também de modo diferente. É assim que, enquanto Despagnet (2) e Lainé (3) sustentam que apenas as leis *proibitivas* podem ser de ordem pública, Bartin (4), Aubry (5), Catellani (6) et Pillet (7) seguem a opinião de que tanto podem ser leis de ordem pública internacional as leis *proibitivas* como as leis *permissivas*.

Reduzindo a sua doutrina a uma fórmula precisa e sugestiva, escreve Lainé: «O efeito das leis de ordem pública limita-se a repelir as leis estrangeiras incompatíveis com elas, porque, por falta de competência, não poderiam tomar o seu lugar e substituir o seu papel. Que elas paralizem as regras do direito internacional, seja! Mas não é necessário que as destruam. Podem opor-se, mas não impor-se». Despagnet, por seu lado, tinha escrito: «Cremos poder afirmar, sem hesitação, que a lei *permissiva*, e não *imperativa* ou *proibitiva*, não pode ser de ordem pública; não se compreenderia, com efeito, que um legislador deixasse à descrição dos indivíduos a faculdade de usar de uma instituição que êle considerasse indispensável ao interesse do Estado. Pode acontecer que uma instituição seja estabelecida como útil sob o ponto de vista moral, económico ou político, e que o seu uso seja facilitado; mas, desde o momento em que não é rigorosamente imposta e que é possível não a aproveitar, não pode racionalmente fazer parte da ordem pública».

¿Qual será a doutrina exacta? Inclinámo-nos para a doutrina de que as leis de ordem pública também podem ser *permissivas*: 1.º porque pensamos, com Catellani, que à ordem pública do Estado local tanto pode repugnar uma permissão da lei estrangeira, como acontecerá num Estado de monogamia com a permissão, estabelecida por uma lei estrangeira, de contrair um segundo casamento antes de dissolvido o primeiro, como uma proibição da mesma lei, como seria a proibição do casamento entre pessoas de diferente raça num país que desconheça essa proibição; 2.º porque consideramos illusória a tese de

(1) Bartin, ob. cit., pág. 237 e segs.

(2) *Clunet*, 1889, pág. 213 e 214.

(3) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1900, pág. 588 e seg.

(4) Ob. cit., pág. 238.

(5) *Clunet*, 1902, pág. 257.

(6) Ob. cit., II, n.º 306.

(7) *Principes*, n.º 190.

Lainé, porquanto, como nota Aubry, tanto paraliza as regras de direito internacional privado a aplicação das leis proibitivas como a aplicação das leis permissivas, sendo, como é, evidente que, quando se proíbe um acto permitido pela lei estrangeira, se paraliza a regra de conflitos que dá competência à lei estrangeira, e a lei local não só se opõe, mas impõe-se, pois a proibição resulta afinal do seu preceito; 3.º) porque não julgamos procedente o argumento de Despagnet, quando diz que não se compreende que o Estado deixe à discrição dos indivíduos uma instituição indispensável ao interesse do mesmo Estado, pois bem pode revestir a forma de uma permissão a sanção de um conceito basilar da vida jurídica, como, por exemplo, a permissão do casamento independentemente das diferenças de ordem étnica num Estado de direito inteiramente igualitário.

Contudo, se bem que nos pareça que também as leis permissivas podem ser de ordem pública e, portanto, limitar a aplicação das leis estrangeiras, faremos, com Barfin, *duas observações* que consideramos de importância.

Em primeiro lugar, importa notar que, embora uma disposição proibitiva ou imperativa seja considerada de ordem pública, como, por exemplo, a lei que proíbe o divórcio, não quer isso dizer que a disposição nova inversa, como a que permite o divórcio, seja necessariamente de ordem pública, podendo o juiz de um Estado que proíbe o divórcio não decretar o divórcio de estrangeiros, embora eles possam divorciar-se segundo a sua lei nacional, por considerar de ordem pública a lei que estabelece a indissolubilidade do casamento, e bem assim não o decretar também quando permitido pela *lex fori*, mas não reconhecido pela lei nacional, por não considerar de ordem pública a lei que o estabelece.

Em segundo lugar, é, por um lado, mais impressionante para os tribunais *permitir* um acto proibido por uma lei estrangeira, do que proibir um acto permitido por esta lei, o que conduz à consequência de que será menor o número de casos em que a lei de ordem pública actua como *lei permissiva* relativamente a aqueles em que actua como *lei proibitiva*. Isto significa que é digno do mais reflectido exame o estudo da *lex fori*, em comparação com a lei normalmente competente, para verificar se a *lex fori* deve ou não ser considerada de ordem pública.

178 — Traçadas as linhas gerais da teoria das leis de ordem pública internacional, diremos em que termos o direito português reconheceu a existência dessas leis como limite da aplicação das leis estrangeiras.

O Código civil formulou algumas regras de conflitos de leis, mas não formulou ainda o princípio de que as leis estrangeiras não seriam aplicáveis em Portugal quando contrárias às leis portuguesas de interesse e ordem pública. Semelhante princípio condicionou, porém, a actuação das regras de conflitos

estabelecidas pelo código, como expressamente o disse o seu autor, enquanto notou que as leis estrangeiras mandadas aplicar pelo artigo 27.º não deveriam ser applicadas se a isso se opuzesse o interesse público (1), e como resulta do artigo 964.º do mesmo código, o qual, mandando registrar na respectiva conservatória portuguesa as hipotecas constituídas em país estrangeiro sobre prédios sítos em Portugal, mostra que o legislador considerou applicável a portugueses e estrangeiros a lei do registo predial, que, no sistema do nosso direito (Cód. civil, art. 951.º), tem por fim dar efeitos aos actos jurídicos em relação a terceiros, e, portanto, reveste o carácter de uma lei de ordem pública internacional.

Mas, o princípio que no Código civil foi aceito apenas de modo implicito, foi explicitamente estabelecido no Código de processo civil, cujo artigo 1088.º, § 1.º, n.º 5.º, declarou que as sentenças estrangeiras não devem ser confirmadas pelas Relações quando contenham decisões contrárias aos *princípios do direito público português*, ou ofensivas dos *princípios de ordem pública*.

E, se não podem ter valor em Portugal as sentenças estrangeiras, cuja execução representa uma *aplicação indirecta* do direito estrangeiro, quando sejam contrárias ao direito público português e aos princípios de ordem pública, é evidente que também não podem ser applicadas *directamente* as leis estrangeiras que contrariem o direito público português e os princípios de ordem pública.

Depois do Código de processo, foi o princípio consignado no § único do artigo 4.º do Código comercial, onde se determina que a lei estrangeira do lugar da celebração dos actos de comércio não será applicada como lei reguladora da substância e efeitos das obrigações derivadas desses actos, quando da sua applicação resulte ofensa ao *direito público português* ou aos *princípios de ordem pública*, e bem assim no artigo 12.º do mesmo Código, que manda regular a capacidade commercial dos estrangeiros pela lei do seu país, *naquilo que não for oposto ao direito público português*.

Por fim, foi o princípio applicado no artigo 58.º, § 2.º, do decreto n.º 1 de 25 de dezembro de 1910, no artigo 242.º do Código do registo civil, de 11 de fevereiro de 1911, e nos artigos 144.º § 2.º, e 169.º do regulamento consular de 7 de março de 1920, relativamente ao casamento de portugueses em país estrangeiro perante autoridades estrangeiras, onde se declara que este casamento deve ser transcrito e produz efeitos em Portugal *quando não contrariar os princípios do direito público português*.

(1) António Luís de Seabra, *Apostila n.º 3 à censura de Moraes de Carvalho*, pág. 18 e 19

Tais são os textos legais em que aparece o princípio. Qual o significado e alcance dos textos?

Usam as nossas leis ora a fórmula complexa — *princípios de direito público e princípios de ordem pública*, ora a fórmula simples — *princípios de direito público*. Será o mesmo, ou será diverso o significado das duas fórmulas?

No Código comercial as duas fórmulas têm, sem dúvida, o mesmo alcance. Assim resulta dos trabalhos preparatórios desse Código.

No § único do artigo 5.º do projecto do Código comercial apresentado à câmara dos deputados, correspondente ao actual § único do artigo 4.º, lia-se a fórmula — *ofensa ao direito público português*, fórmula que se repetia no artigo 14.º, correspondente ao actual artigo 12.º.

A comissão de legislação comercial substituiu, no artigo 5.º, a referida fórmula pela fórmula — *ofensa ao direito público português e aos princípios de ordem pública*, mostrando o modo por que se fez a modificação que, no pensamento da comissão, havia equivalência entre as duas fórmulas. Eis como se exprimem as actas: «Retirada a proposta pelo seu autor (proposta de Dias Ferreira para substituição do § único do artigo 5.º), votou-se o seguinte quesito: “a restrição à liberdade das convenções sobre a lei a que se sujeitam, deve ser a lei local ou só o direito público português?” Resolveu-se pelo voto de desempate do presidente, que devia atender-se somente ao nosso direito e princípios de ordem pública, sem embargo do direito local em contrário, isto é, permitir as convenções contrárias à lei local ainda que proibidas por esta. Assim modificado o artigo, votou-se o mais dele, devendo aditar-se ao § único as palavras equivalentes do n.º 5.º do artigo 1088.º do Código do processo civil, *para evitar que pareça haver distincção ou differença nas duas locuções...*» (1). Parece evidente que a fórmula complexa actual é equivalente à fórmula simples primitiva, adoptando-se aquela para harmonizar, nesta parte, o Código comercial com o Código do processo civil.

Além disso, a afirmação feita na câmara electiva pelo deputado Firmino Lopes (quando se discutia nesta câmara o referido artigo 5.º) de que «os princípios de ordem pública estão compreendidos no direito público» (2) não foi contestada por ninguém, sinal de que traduzia o pensamento da proposta, embora se não fizesse na redacção do artigo qualquer modificação.

(1) Actas das sessões da comissão de legislação comercial da câmara dos senhores deputados, 1887, sessão de 26 de maio, pág. 5.

(2) Diário das sessões da câmara dos deputados, de 1888, pág. 475. e seg.

Mas, se assim é, a que atribuir a continuação no artigo 12.º do Código comercial, com uma significação latitudinária, da fórmula simples do artigo 14.º do projecto, se no artigo 4.º se substituiu a fórmula simples primitiva pela fórmula complexa actual? Explica-se por um descuido de redacção. Efectivamente, mostram as actas das sessões da comissão que esta aprovou a doutrina, salva a redacção, na qual, em vez de se harmonizar o artigo 12.º com o artigo 5.º (hoje 4.º), se deixou ficar como se encontrava (1).

Podemos concluir, portanto, que a fórmula — *princípios de direito público*, usada no artigo 12.º do Código comercial, compreende indubitavelmente os princípios de ordem pública, e que, quando nas nossas leis se usa aquela fórmula isoladamente, se lhe deve atribuir este sentido latitudinário.

Como explicar, porém, a fórmula complexa do artigo 4.º do Código comercial e do artigo 1088.º do Código do processo civil? Não vemos outra explicação senão a seguinte: na expressão — *princípios de direito público* — quis, por certo, o legislador abranger o direito público nas suas manifestações de direito político, direito administrativo, direito penal e processual, e na expressão — *princípios de ordem pública* — quis abranger aqueles preceitos que, embora regulando interesses colectivos, se encontram nas leis relativas ao direito privado, como o que respeita, por exemplo, à organização da propriedade. Isto é, o legislador atendeu mais a um critério formal de distincção do direito em público e privado, do que ao fim da lei, que constitui o verdadeiro fundamento daquela distincção. Uma lei é, em verdade, de direito público ou privado, segundo o fim que se propõe, e não segundo se encontra na Constituição, no Código administrativo, no Código penal e no Código do processo, ou se lê no Código civil ou comercial. Naqueles, pode haver preceitos de direito privado e, nestes, há certamente preceitos de direito público. Logo, porém, que o legislador empregue isoladamente a fórmula — *princípios de direito público*, deverá, pois, entender-se que a empregou no seu sentido jurídico rigoroso e não no seu sentido meramente formal (2).

Mas assente o sentido das fórmulas legais, qual o seu alcance? Com que carácter aceitará o nosso legislador o princípio da territorialidade das leis de ordem pública internacional? Seria com o carácter que lhes atribuíram Savigny e Mancini, isto é, dando-lhes efeito meramente territorial, ou com o carácter que lhes atribui Pillet, reconhecendo-lhes efeito extraterritorial?

(1) A letra das actas é como segue: «Art. 14.º Aprovada a doutrina, reservando-se para a redacção resolver se pode eliminar-se pela modificação do artigo 8.º» (Actas cit., pág. 9).

(2) Vide: Dr. Teixeira de Abreu, ob. cit., pág. 29; Dr. Marnoco e Sousa, ob. cit., n.º 84.

Parece-nos indubitável que as nossas leis consagraram o critério de Savigny e Mancini.

Quanto ao Código civil, foi êle inspirado por Savigny (1), e por isso traduz naturalmente a sua orientação.

Quanto ao Código comercial, revela-se a sua orientação nas palavras acima citadas das actas da comissão revisora, donde se infere que a comissão não quis ter em conta a ofensa do direito do Estado da celebração dos actos de comércio. É um erro de técnica jurídica, que mais tarde apreciaremos, mas revela a orientação adoptada.

Nos diplomas especiais relativos ao casamento, não há sinal nenhum de que se quisesse atribuir valor extraterritorial às leis de ordem pública, e, por isso, também aí deve considerar-se aceita a doutrina do efeito meramente territorial, que é a doutrina rigorosa, como acima procurámos demonstrar.

Quanto aos demais elementos da teoria jurídica das leis de ordem pública internacional, os preceitos das nossas leis são tão vagos, que comportam evidentemente a aplicação dos princípios com que procurámos organizar aquella teoria e, por isso, será em harmonia com êsses princípios que applicaremos os mesmos preceitos ao estudar o regime jurídico internacional quer dos elementos da relação jurídica quer das instituições do direito privado (2).

179 — Ao formular a sua teoria dos limites à comunidade de direito, indicou Savigny, ao lado das leis positivas rigorosamente obrigatórias, as «instituições de um Estado estrangeiro

(1) O autor do Código civil declarou que procedera de acôrdo com o profundo Savigny (Apostila cit., pág. 18).

(2) Como nota final sobre a teoria das leis de ordem pública internacional, devemos observar que o Instituto de direito internacional, na sessão de Paris de 1910, formulou os seguintes votos:

«O Instituto exprime o voto de que, para evitar a incerteza, que conduz ao arbitrio do juiz e compromete, por isso mesmo, o interesse dos particulares, todas as legislações determinem, com toda a precisão possível, aqueles dos seus preceitos que nunca serão afastados por uma lei estrangeira, mesmo quando esta parecesse competente para regular a relação jurídica de que se tratar.

«É especialmente desejável que todas as convenções de direito internacional privado precisem os pontos, sobre os quais em cada Estado contratante, uma disposição considerada de ordem pública poderá paralisar (tenir en échec) os princípios da convenção» (Annuaire, xxiii, pág. 478).

Os votos do Instituto representam, com efeito, o meio de corrigir a falta de precisão que ainda hoje domina o problema da determinação das leis de ordem pública.

E, aos votos do Instituto, deverá acrescentar-se a necessidade de, nas leis internas e, sobretudo, nas convenções de direito internacional privado, se definir com precisão a extensão do efeito das leis de ordem pública. Como dissemos no texto, a doutrina rigorosa é que as leis de ordem pública são de efeito meramente territorial, mas nem todos assim pensam e convêm ao interesse da certeza na administração da justiça que se fixe a orientação que devem seguir os tribunais.

cuja existência não é reconhecida no nosso e que, por consequência, não podem pretender a protecção dos tribunais» (1), com o que quis significar que devem considerar-se de ordem pública as leis que baniram instituições existentes em país estrangeiro ou que não permitem no país essas instituições.

Com esta doutrina, revelou Savigny a intuição de uma nova espécie de conflitos — os conflitos de instituições, derivados de umas legislações reconhecerem e outras desconhecerem determinadas instituições.

Como, porém, Savigny apenas exemplificou a sua doutrina com a escravatura e com a morte civil, como estas instituições podiam integrar-se na teoria da capacidade jurídica, e o autor desse pouco desenvolvimento ao assunto, durante muito tempo os internacionalistas não trataram o problema de modo independente.

Contudo, no seu livro recente e cheio de interesse — *Des conflits de lois relatifs à l'acquisition de la propriété et des droits sur les meubles corporels à titre particulier*, — de que já temos falado, Niboyet reatou a tradição savigniana, pondo em relêvo os conflitos de instituições jurídicas e procurando formular o princípio da sua resolução.

Depois de ter estabelecido, com Savigny, a relação entre a regra de direito e a instituição jurídica, relação que está em que a regra de direito tem sempre por base uma instituição jurídica, formula esta doutrina: «O direito internacional privado não pode tender, com efeito, senão à aplicação das leis estrangeiras. Mas esta aplicação supõe essencialmente um meio favorável. Um barco só pode flutuar sobre a água. Uma lei estrangeira não pode adaptar-se senão à mesma instituição nos diversos países. O direito internacional não pode resolver os conflitos de instituições jurídicas. Quando existe um conflito desta natureza, falta uma condição essencial à realização do direito internacional. Podem, com efeito, resolver-se conflitos de leis. Não podem resolver-se conflitos de instituições jurídicas. O movimento tendente a diminuir ou a suprimir os conflitos da segunda espécie é essencialmente nacional. É o resultado da formação geral, e puramente interna, do direito em cada país. O direito internacional só tem que intervir quando esta formação atinge em diferentes países um ponto tal que apenas as regras de direito de uma e a mesma instituição jurídica estejam em conflito. Como Savigny o disse com tanto vigor, o direito internacional supõe a comunidade do direito entre os povos. E por esta comunidade de direito deve entender-se a comunidade das instituições jurídicas. As duas coisas reduzem-se a uma. É a base, ou antes, a porta de entrada das regras de conflitos de leis. Aquela comunidade não é o funda-

(1) Ob. cit., pág. 35.

mento do direito internacional, mas é a condição da sua existência de tal modo que, quando e onde essa condição falta, as regras de conflitos não se aplicam. A sua não aplicação não é então uma excepção ou uma derrogação dos princípios, mas uma consequência do seu funcionamento normal» (1).

Consideramos inteiramente rigorosa esta doutrina. As regras de conflitos de leis só podem, com efeito, referir-se a instituições jurídicas aceitas pelo legislador que formula as mesmas regras, pelas seguintes razões, claramente convincentes.

Em primeiro lugar, porque é evidente que a regra de direito tem sempre por base uma instituição jurídica, evidente é também que, se num país certa instituição jurídica não existe, não há, nem pode haver, conflito com as leis do país onde essa instituição existe, por isso que no primeiro país nenhuma lei corresponde à lei do segundo país, e por isso nenhuma lei com ela pode concorrer. Mas as regras de conflitos de leis supõem logicamente a concorrência de leis e, por isso, supõem naturalmente a coexistência das instituições jurídicas a que elas respeitam.

Em segundo lugar, os sistemas jurídicos nacionais são fundamentalmente *sistemas de instituições jurídicas* e devem ser *sistemas autónomos*, e, por isso, se se compreende que, na regulamentação de cada uma das instituições jurídicas, naquilo em que elas protegem os interesses individuais, se possa admitir a aplicação de uma lei estrangeira, que contenha uma protecção mais adequada àqueles interesses, não se compreenderia que, sem ferir a autonomia dos mesmos sistemas jurídicos, aí se introduzisse instituições que lhes são estranhas.

Por fim, a admissão de instituições estranhas ao sistema jurídico local poderia equivaler ao reconhecimento aos estrangeiros de mais direitos que os reconhecidos aos nacionais, o que seria absurdo e contrário ao modo de ser dos Estados civilizados inteiramente autónomos, onde o máximo que se concede aos estrangeiros é a sua equiparação aos nacionais.

Sendo assim, os conflitos de instituições devem ter, como ensinou Savigny, uma solução semelhante à da divergência entre uma lei estrangeira normalmente competente e uma lei local de ordem pública internacional. A lei estrangeira que organiza e regula uma instituição que não existe no Estado local não pode ser aplicada neste Estado.

Importa, porém, observar que a divergência de instituições deve resultar da *essência* das instituições, e não de simples *aparências*, pois bem pode acontecer que sejam fundamentalmente semelhantes instituições aparentemente divergentes.

§ VII

Conflitos de leis e conflitos de jurisdições

SUMÁRIO. 180—A intervenção dos representantes do poder público na vida jurídico-privada e os conflitos de jurisdições. 181—Conteúdo do problema dos conflitos de jurisdições. Diferença entre a competência jurisdicional ou internacional e a competência interna. 182—Relações entre a competência legislativa e a competência jurisdicional. Formas de dependência da competência das jurisdições da competência das leis. I—Dependência específica. 185—II—Dependência geral. Conflitos de jurisdições propriamente ditos. 184—A função da vontade na determinação da competência internacional. 185—Critério de apreciação da competência jurisdicional das autoridades e tribunais estrangeiros.

180—Os poderes jurídicos reconhecidos às pessoas pelas leis de direito privado são, em regra, exercidos independentemente da intervenção dos representantes do poder público.

Muitas vezes, porém, essa intervenção torna-se *necessária* ou *útil* para assegurar a *constituição*, *conservação* ou *defesa* dos direitos privados. Daí uma série de *agentes do Estado* cuja missão é intervir na vida jurídico-privada, sempre que a lei *exige* ou *permite* que os particulares invoquem a acção do poder público para a prática de actos jurídicos e para a constituição, conservação ou defesa dos seus direitos. Tais são designadamente os oficiais do registo do estado civil, os notários, os conservadores do registo predial, os oficiais do registo comercial, e os tribunais de justiça nos seus diferentes graus de jurisdição.

Ora, o exercício de um direito privado, do mesmo modo que pode encontrar-se em conexão com leis de diferentes países, assim também pode encontrar-se em conexão com jurisdições de diferentes Estados. Assim, se um estrangeiro residente em Portugal pretender praticar um acto para que é necessária ou útil a intervenção de um oficial do registo do estado civil, de um notário, de um conservador do registo predial, de um oficial do registo comercial ou de um tribunal, é evidente que o exercício do direito ou o cumprimento do dever que se traduz pela prática do acto para que é necessária ou útil a intervenção de um representante do poder público, se encontra em conexão, pelo menos, com as autoridades de dois países, Portugal e o país de origem do estrangeiro.

(1) Pág. 567 e 568.

Pode, porém, a conexão dar-se com as autoridades de mais países. Se, por exemplo, um francês, domiciliado em Portugal, pretender comprar um prédio situado em Espanha e quiser recorrer à intervenção de um notário, o exercício do direito encontra-se em conexão com a jurisdição portuguesa, com a jurisdição francesa e com a jurisdição espanhola.

Esta circunstância de a constituição, conservação ou defesa dos direitos privados se encontrar em conexão com jurisdições de diferentes países origina os *conflitos de jurisdições*, os quais se verificam sempre que o exercício de um direito privado, exigindo, ou tornando útil, a intervenção de um representante do poder público, se encontra em conexão com as jurisdições de diferentes Estados.

Esta espécie de conflitos é considerada por alguns escritores, como dissemos (1), paralelamente aos conflitos de leis, colocando os dois problemas no mesmo plano, como objecto do direito internacional privado. Não julgamos legítimo esse paralelismo, por isso que os conflitos de jurisdições nos aparecem subordinados aos conflitos de leis, mas pensamos que, embora em plano secundário, os conflitos de jurisdições devem ser estudados pelo direito internacional privado, em tudo que respeita à intervenção do poder público na vida jurídico-privada, assim como entendemos que esse estudo tem o seu lugar marcado a seguir ao estudo da teoria geral dos conflitos de leis, razão por que deles nos ocupamos neste lugar.

181 — A resolução dos conflitos de jurisdições constitui um problema de evidente interesse teórico e prático, pelo que vamos tentar formular os princípios que devem guiar-nos na sua resolução, para, oportunamente, fazermos aplicação dos mesmos princípios a cada uma das espécies de jurisdições que têm por officio intervir na vida jurídico-privada.

Em primeiro lugar, procuraremos definir com precisão os termos do problema.

Os conflitos de jurisdições resultam de a constituição, conservação ou defesa de um direito privado tornar necessária ou útil a intervenção de um representante do poder público, de cada Estado ter as suas jurisdições, assim como tem as suas leis, a de a constituição, conservação ou defesa de um direito privado poder encontrar-se, por algum *elemento pessoal* (nacionalidade ou domicílio do sujeito do direito) ou por algum *elemento real* (lugar da prática dos actos, lugar da situação das coisas) em conexão com jurisdições de diferentes Estados.

Sendo assim, o problema dos conflitos de jurisdições consiste, naturalmente, em determinar, entre as jurisdições com as quais a constituição, conservação ou defesa dos direitos privados

(1) Supra, pág. 11, nota 1.

dos pode estar em conexão, a *jurisdição competente* para intervir nessa constituição, conservação ou defesa, se a jurisdição da nacionalidade ou a do domicílio do indivíduo, se a do lugar da prática do acto, se a da situação dos bens, etc.

Traia-se, pois, de *delimitar* a esfera de acção das jurisdições dos diferentes Estados, isto é, da *medida* da jurisdição de um Estado em relação à jurisdição dos outros Estados.

Esta medida da jurisdição de cada Estado é designada pelos nomes de *competência geral*, *competência jurisdiccional* e *competência internacional* (2).

A expressão mais própria é a de *competência jurisdiccional*, pois a fórmula *competência geral* é muito vaga, e a fórmula *competência internacional* pode sugerir a ideia de que se trata de uma competência superior aos Estados.

A fórmula *competência internacional*, quando entendida em termos hábeis, tem, porém, a vantagem de estabelecer nitidamente o contraste entre a competência das jurisdições de cada Estado em relação aos outros Estados, e a *competência interna*, que é a competência respectiva das autoridades e tribunais de cada Estado nas suas mútuas relações e que resulta da divisão da jurisdição própria do mesmo Estado pelas suas autoridades e tribunais, e que reveste as duas formas de *competência em razão da matéria*, ou a competência determinada pela natureza dos actos ou das causas (Cód. proc. civ., art. 3.º, § 2.º), e de *competência territorial*, ou a competência determinada pela divisão do território do Estado em diferentes circunscrições, para o efeito de definir a área de jurisdição das autoridades e tribunais a quem são atribuídas funções idênticas.

Esta distinção entre a competência internacional e a competência interna é do maior interesse, pois que o problema dos conflitos de jurisdições em direito internacional privado se limita à competência internacional. A divisão da jurisdição de cada Estado pelas suas autoridades e tribunais é um problema de direito interno, que cada Estado pode resolver livremente. Essa divisão da jurisdição é matéria de *leis constitutivas* do sistema jurídico de cada Estado, segundo o conceito e a linguagem de Arminjon, leis que, como já dissemos, ficam de fora da esfera de acção do direito internacional privado (2).

Estabelecidos os termos do problema, estudemos a sua solução.

182 — No estudo dos conflitos de jurisdições, é fundamental a investigação respeitante às relações em que esses conflitos podem encontrar-se com os conflitos de leis.

(1) Bartin, *Études sur les effets internationaux des jugements*, Paris, 1907, pág. 1 e seg.; Dr. J. Alberto dos Reis, *Processo ordinário civil e comercial*, t. 1, pág. 159 e seg.; *Boletim da Faculdade de Direito*, III, pág. 27.

(2) Supra, pág. 572.

As jurisdições de qualquer Estado, encarregadas de intervir na vida jurídico-individual, para a constituição, conservação ou defesa dos direitos privados, têm por missão final a aplicação de leis privadas, que são as leis que definem e organizam aqueles direitos. Em verdade, o notário, o conservador do registo predial, o official do registo civil ou comercial, e os tribunais de justiça, nos actos que praticam de constituição, conservação ou defesa de direitos, aplicam sempre leis de direito privado que respeitam ao estado e capacidade das pessoas, aos direitos de crédito, aos direitos reais, aos direitos de família e aos direitos de sucessão, sendo seu officio dar effectividade a essas leis quando isso seja necessário ou útil aos particulares. E nesta consideração se encontra o motivo da afirmação, que fizemos, de que, pelo que respeita à vida jurídico-privada, os conflitos de jurisdição nos aparecem subordinados aos conflitos das leis privadas.

Esta subordinação não é, porém, sempre a mesma. Pode ser apenas uma *subordinação geral*, no sentido de que, no exercicio das suas funções, a jurisdição deve aplicar uma lei privada, sendo independente a *competência da jurisdição da competência da lei*, e podendo, portanto, a jurisdição de um país aplicar a lei de outro país; ou pode ser uma *subordinação especifica*, no sentido de que a competência da jurisdição *depende* da competência da lei.

Sendo assim, vamos estudar a hipótese da subordinação geral e a hipótese da subordinação especifica. Começaremos por esta última, que é a de mais simples solução.

A competência da jurisdição depende especificamente da competência da lei quando uma regra de conflitos de leis atribui competência a uma determinada lei, e a aplicação desta supõe a intervenção de uma autoridade ou tribunal. É o que se verifica nitidamente a respeito da forma externa dos actos quando se aceite o principio *locus regit actum*.

Em verdade, admitir este principio significa que a forma externa dos actos é regulada pela lei do lugar da celebração, e, por isso, é admitir que à mesma lei cabe determinar se, na realização do acto, deve intervir um notário ou qualquer outro official público. Mas, se à *lex loci* compete determinar se deve intervir um notário ou outro official público, igualmente lhe compete dizer *qual* official público é competente para intervir.

Sendo assim, pode, segundo cremos, formular-se o principio de que, quando a competência da jurisdição depende especificamente da competência da lei, a competência da jurisdição para intervir na constituição, conservação ou defesa de um direito privado é a jurisdição do país cuja lei regula esse direito, naquilo em que a sua constituição, conservação ou defesa exige a intervenção da autoridade pública.

Dêste principio fizeram uma aplicação importante a convenção da Haia de 12 de junho de 1902, sobre a tutela de me-

nores, e a convenção, também da Haia, de 17 de julho de 1905, sobre a interdição e medidas de protecção análogas.

As duas convenções (art. 1.º) mandam, em principio, regular a tutela e a interdição pela lei nacional do menor ou do interdicionado, e ambas assentam no principio de que, em matéria de instituições pupillares e quasi pupillares, a competência da jurisdição é inseparável da competência da lei (¹). E porque admitiram estes dois principios, aceitaram logicamente estas conclusões: a) porque a competência legislativa pertence, em principio, à lei nacional do menor ou do interdicionado, a *autoridade nacional* é a autoridade competente para organizar a tutela ou decretar a interdição (conv. 1902, art. 2.º; conv. 1905, art. 2.º); b) quando as autoridades nacionais não possam ou não queiram organizar a tutela ou decretar a interdição, são para isso competentes as autoridades do país da residência habitual do menor ou do interdicionado, e a tutela ou a interdição serão, em regra, reguladas pela lei dêste último país (Conv. 1902, art. 3.º; Conv. 1905, art. 6.º).

Parece que, neste último caso, a competência da lei é que depende da competência da jurisdição. A doutrina deve, porém, considerar-se dominada pelo principio fundamental, que se lê no artigo 1.º de cada uma das convenções, que atribui competência à lei nacional para reger a tutela e a interdição, principio de que deriva a competência da autoridade nacional. As autoridades locais apenas são competentes quando a lei nacional não atribui competência às autoridades do respectivo país para organizar a tutela ou decretar a interdição. E, se então a competência das autoridades locais *atrai* a competência da lei local, é por virtude do principio da inseparabilidade da competência da lei da competência da jurisdição.

Mas, assente o principio de que, quando a competência da jurisdição depende da competência da lei, a jurisdição competente é a jurisdição do país cuja lei é declarada competente para regular a relação jurídica, resta ainda saber *quando* é que a competência da jurisdição há de considerar-se especificamente dependente da competência da lei reguladora da relação jurídica.

Essa dependência pode ser inerente à competência da lei, como acontece no caso da admissão do principio *locus regit actum*. Quando assim acontece, não há que hesitar. A regra de conflitos que designa a competência da lei fixa naturalmente a dependência entre essa lei e a jurisdição que terá de intervir na prática dos actos, quando estes tenham de ser exarados por um official público ou com a sua intervenção.

Se a dependência entre a competência da jurisdição e a competência da lei não é *necessária*, mas resulta de um con-

(¹) *Actes de la deuxième conférence de la Haye de droit international privé*, de 1894, pág. 112, de 1900, pág. 199, e de 1904, pág. 29.

ceito do direito positivo, como acontece, por exemplo, a respeito da competência para organizar a tutela, para declarar a interdição ou a ausência, e para decretar o divórcio ou a separação de bens, matérias relativamente às quais se compreende que possam ser apreciadas pelo tribunal de um país aplicando a lei de outro país, mas a respeito das quais há quem sustente que a competência pertence aos tribunais e autoridades nacionais, por ser competente a lei nacional para as regular e por ser inscindível a competência da lei da competência da jurisdição (1), a questão tem de ser resolvida, em cada país, em face dos tratados vigentes ou dos princípios aceitos expressa ou implicitamente pela *lex fori*.

Se o preceito de um tratado tornar a competência da jurisdição dependente da competência da lei, esse preceito constitui a regra a seguir pelos tribunais do Estado local. E' o que devem fazer os tribunais dos Estados signatários das convenções da Haia de 1902 e de 1905, sobre a tutela de menores e sobre a interdição, as quais, como já dissemos, considerando, por um lado, competente para reger a tutela e a interdição a lei nacional do menor ou do interdiciendo e considerando, por outro lado, inscindível, em matéria de tutela e de interdição, a competência da jurisdição da competência da lei, atribuíram, em princípio, a competência, para organizar a tutela ou para decretar a interdição, às autoridades do país a que pertencer o menor ou o interdiciendo.

E ainda na convenção da Haia de 12 de junho de 1902, sobre o divórcio e a separação de pessoas, se encontra reconhecido um caso de dependência da competência da jurisdição da competência da lei. É o preceito da alínea 3.ª do n.º 2.º do artigo 5.º, que manda respeitar a competência exclusiva dos tribunais do país a que pertençam os cônjuges para decretar o divórcio ou a separação, quando a lei desse país apenas reconhecer a competência dos tribunais do país para conhecer das acções de divórcio ou de separação.

O artigo 5.º da convenção reconheceu a *competência cumulativa* dos tribunais nacionais ou dos tribunais do país do domicílio para decretar o divórcio ou a separação. Contudo, como na conferência estavam representados Estados cujas leis tornavam as acções de divórcio ou de separação da exclusiva competência dos tribunais nacionais, como era, por exemplo, a Hungria (2), a citada alínea mandou respeitar essas leis, nestes termos: «Fica todavia reservada a jurisdição nacional na medida em que esta jurisdição for a única competente para a acção de divórcio ou de separação de pessoas». Como se vê, a convenção não estabelece directamente um caso de depen-

dência da competência da jurisdição da competência da lei, mas manda respeitar a dependência estabelecida pela lei nacional dos cônjuges.

Na falta de tratado que estabeleça ou exclua a dependência entre competência da jurisdição e a competência da lei, pode a *lex fori* estabelecer ou excluir expressamente essa dependência; tornando, por exemplo, as acções relativas ao estado das pessoas da exclusiva competência dos tribunais do país a que pertençam as partes. Em tal caso, essa regra de direito positivo tem o duplo alcance de, por um lado, tornar exclusivamente competentes para conhecer das acções de estado respeitantes aos súbditos do país os tribunais do mesmo país, e de, por outro lado, excluir da competência dos mesmos tribunais as acções de estado respeitantes a estrangeiros, que deverão considerar-se da competência dos tribunais do seu país. E, perante um preceito dessa natureza, que é uma *regra de conflitos de jurisdições*, nenhum valor se deve atribuir às regras diferentes de conflitos de jurisdições estabelecidas pelos legisladores estrangeiros. Tem aqui aplicação a doutrina que estabelecemos no n.º 20 d'este trabalho, onde demonstrámos que, no caso de contradição das regras de direito internacional privado estabelecidas pela *lex fori* e as estabelecidas pelas leis estrangeiras, os tribunais locais não têm que hesitar, devendo aplicar as regras da *lex fori* e considerar como não existentes as regras das leis estrangeiras.

Se na *lex fori* não houver preceito expresso, a solução depende do sentido que deva atribuir-se às regras da mesma *lex fori* que estabelecem princípios de competência, importando investigar se tais regras foram ou não organizadas tendo em vista a scindibilidade ou a inscindibilidade da competência da lei e da competência da jurisdição. E, uma vez qualificadas as mesmas regras como consagrando a scindibilidade ou a inscindibilidade, a qualificação da *lex fori* é a que tem de prevalecer, sendo igualmente como não existente a divergência de qualificação das leis estrangeiras. É uma aplicação frisante da teoria dos conflitos de qualificação, de que acima estabelecemos as linhas fundamentais (1).

183 — Entre a competência legislativa e a competência jurisdiccional existe apenas uma *dependência geral*, quando, devendo embora aplicar uma *lei privada*, podem as autoridades ou tribunais de um Estado aplicar as leis privadas de outro Estado, e por isso há *independência específica* entre a competência da lei e a competência da jurisdição. E' então que se podem produzir verdadeiramente os *conflitos de jurisdições*. Quando a competência da jurisdição depende especificamente da compe-

(1) Vide: Von Bar, ob. cit., § 421; Valery, ob. cit., n.º 121.

(2) Lei XXXI de 1894, art. 114.º

(1) Supra, n.ºs 150 a 152.

tência da lei, o conflito de leis pode ter interesse; o conflito de jurisdições não tem interesse algum. Assim, pode discutir-se se a lei reguladora da forma externa dos actos deve ser ou não a lei do lugar da celebração. Mas, desde que se assente em que a competência pertence a esta lei, fica implicitamente resolvido o problema da competência da jurisdição para intervir na forma do acto, quando a intervenção seja necessária. É a jurisdição do Estado onde o acto for celebrado.

Se, porém, a competência legislativa e a competência jurisdicional forem especificamente independentes, no sentido de que a lei de um Estado, a lei reguladora da sucessão, por exemplo, pode ser aplicada pelas jurisdições de outro Estado, o conflito de jurisdições começa a ter interesse e aparece logo que, por algum elemento pessoal ou real, a constituição, conservação ou defesa de um direito privado se encontre em conexão com jurisdições de diferentes Estados. Assim, supondo que morre em Portugal um francês que estava domiciliado em Espanha e tinha bens no Brasil, a sucessão encontrar-se há em conexão com a jurisdição portuguesa pelo *lugar do falecimento*, com a jurisdição espanhola pelo *domicílio* do autor da herança, e com a jurisdição brasileira pela *situação dos bens*. Qualquer das jurisdições poderá aplicar a lei francesa como lei reguladora da sucessão, mas a competência para o inventário e partilha dos bens deve pertencer naturalmente a uma dessas jurisdições, e por isso aparece, também naturalmente, o problema da determinação da *jurisdição competente*.

Como determinar, pois, a jurisdição competente para intervir na constituição, conservação ou defesa de um direito, quando a competência da jurisdição é especificamente independente da competência da lei?

É evidente que se trata de matéria internacional e que, por isso, o problema tem de ser resolvido ou por uma regra de direito internacional consuetudinário ou convencional, ou por uma regra de direito interno sobre matéria internacional, isto é, direito interno internacional, para mais uma vez usarmos a linguagem de Triepel.

Regras gerais de direito internacional consuetudinário, nenhuma existe além do princípio, muito vago e muito indeterminado, de que as jurisdições de um Estado não podem intervir na constituição, conservação ou defesa de um direito, quando este se não encontre, por algum elemento pessoal ou real, em conexão ⁽¹⁾ com essas jurisdições.

Regras de direito internacional convencional geral, no sentido de abrangerem toda a comunidade dos Estados civilizados, também ainda não existem.

Existem, porém, regras de competência internacional, estabelecidas já em tratados bilaterais já em tratados plurilaterais, para resolver conflitos de jurisdições entre *dois* ou *um certo número* de Estados, o que certamente representa o *começo* da regulamentação uniforme dos conflitos de jurisdições.

Como tratados bilaterais, são típicos, por exemplo, o tratado franco-suíço de 15 de junho de 1869 e o tratado franco-belga de 8 de julho de 1899 ⁽¹⁾, os quais regularam a *competência judiciária* nas relações dos Estados contratantes.

Como tratados plurilaterais, é característico o tratado de Montevideo sobre direito civil de 12 de fevereiro de 1889, que estabelece uma série de *regras gerais* de competência judiciária (art. 56.º e seg.), e é típico também, como contendo *regras especiais* de competência judiciária, a convenção da Haia de 12 de junho de 1902, relativa ao divórcio e separação de pessoas, cujo artigo 5.º regula a competência judiciária internacional para o julgamento das acções de divórcio e de separação.

Ora, quando exista um tratado, bilateral ou plurilateral, contendo regras gerais ou regras especiais de competência jurisdicional, devem as suas disposições ser observadas pelos tribunais dos Estados contratantes.

Se tratados não existirem, devem observar-se as regras de direito internacional estabelecidas pela *lex fori*.

E, também neste ponto, as regras de competência jurisdicional estabelecidas pela *lex fori* excluem absolutamente, salvo preceito em contrário da mesma *lex fori*, a aplicação das regras de competência jurisdicional estabelecidas pelas leis estrangeiras.

Como acontece com as regras de *competência legislativa*, as regras de *competência jurisdicional* estabelecidas pela *lex fori* podem estar em *conflito* com as regras de competência jurisdicional estabelecidas pelas leis estrangeiras, e o conflito pode ser ou *positivo*, se tanto a *lex fori* como a lei estrangeira atribuem competência à respectiva jurisdição, ou *negativo*, se uma e a outra excluem a competência dessa jurisdição.

Como exemplo do conflito positivo, teremos o caso em que a lei de um país estabeleça para uma acção a competência do tribunal do domicílio do reu, e a lei de outro país estabeleça a competência do tribunal da situação dos bens, encontrando-se o domicílio do reu no primeiro país e estando os bens situados no segundo.

Como exemplo do conflito negativo, pode indicar-se a hipótese de, estando o devedor domiciliado num país e possuindo os seus bens em outro país, a lei do país do domicílio atribuir competência ao tribunal do país da situação dos bens, e a lei deste último país atribuir competência ao tribunal do país do domicílio.

⁽¹⁾ Cavaglieri, *L'elemento consuetudinario nel diritto internazionale privato*, pág. 112.

⁽¹⁾ Weiss, *Traité*, VI, pág. 96º e 459º.

tência da lei, o conflito de leis pode ter interesse; o conflito de jurisdições não tem interesse algum. Assim, pode discutir-se se a lei reguladora da forma externa dos actos deve ser ou não a lei do lugar da celebração. Mas, desde que se assente em que a competência pertence a esta lei, fica implicitamente resolvido o problema da competência da jurisdição para intervir na forma do acto, quando a intervenção seja necessária. É a jurisdição do Estado onde o acto for celebrado.

Se, porém, a competência legislativa e a competência jurisdicional forem especificamente independentes, no sentido de que a lei de um Estado, a lei reguladora da sucessão, por exemplo, pode ser aplicada pelas jurisdições de outro Estado, o conflito de jurisdições começa a ter interesse e aparece logo que, por algum elemento pessoal ou real, a constituição, conservação ou defesa de um direito privado se encontre em conexão com jurisdições de diferentes Estados. Assim, supondo que morre em Portugal um francês que estava domiciliado em Espanha e tinha bens no Brasil, a sucessão encontrar-se há em conexão com a jurisdição portuguesa pelo *lugar do falecimento*, com a jurisdição espanhola pelo *domicílio* do autor da herança, e com a jurisdição brasileira pela *situação dos bens*. Qualquer das jurisdições poderá aplicar a lei francesa como lei reguladora da sucessão, mas a competência para o inventário e partilha dos bens deve pertencer naturalmente a uma dessas jurisdições, e por isso aparece, também naturalmente, o problema da determinação da *jurisdição competente*.

Como determinar, pois, a jurisdição competente para intervir na constituição, conservação ou defesa de um direito, quando a competência da jurisdição é especificamente independente da competência da lei?

É evidente que se trata de matéria internacional e que, por isso, o problema tem de ser resolvido ou por uma regra de direito internacional consuetudinário ou convencional, ou por uma regra de direito interno sobre matéria internacional, isto é, direito interno internacional, para mais uma vez usarmos a linguagem de Triepel.

Regras gerais de direito internacional consuetudinário, nenhuma existe além do princípio, muito vago e muito indeterminado, de que as jurisdições de um Estado não podem intervir na constituição, conservação ou defesa de um direito, quando este se não encontre, por algum elemento pessoal ou real, em conexão ⁽¹⁾ com essas jurisdições.

Regras de direito internacional convencional geral, no sentido de abrangerem toda a comunidade dos Estados civilizados, também ainda não existem.

⁽¹⁾ Cavaglieri, *L'elemento consuetudinario nel diritto internazionale privato*, pág. 112.

Existem, porém, regras de competência internacional, estabelecidas já em tratados bilaterais já em tratados plurilaterais, para resolver conflitos de jurisdições entre *dois* ou *um certo número* de Estados, o que certamente representa o *começo* da regulamentação uniforme dos conflitos de jurisdições.

Como tratados bilaterais, são típicos, por exemplo, o tratado franco-suíço de 15 de junho de 1869 e o tratado franco-belga de 8 de julho de 1899 ⁽¹⁾, os quais regularam a *competência judiciária* nas relações dos Estados contratantes.

Como tratados plurilaterais, é característico o tratado de Montevideo sobre direito civil de 12 de fevereiro de 1889, que estabelece uma série de *regras gerais* de competência judiciária (art. 56.º e seg.), e é típico também, como contendo *regras especiais* de competência judiciária, a convenção da Haia de 12 de junho de 1902, relativa ao divórcio e separação de pessoas, cujo artigo 5.º regula a competência judiciária internacional para o julgamento das acções de divórcio e de separação.

Ora, quando exista um tratado, bilateral ou plurilateral, contendo regras gerais ou regras especiais de competência jurisdicional, devem as suas disposições ser observadas pelos tribunais dos Estados contratantes.

Se tratados não existirem, devem observar-se as regras de direito internacional estabelecidas pela *lex fori*.

E, também neste ponto, as regras de competência jurisdicional estabelecidas pela *lex fori* excluem absolutamente, salvo preceito em contrário da mesma *lex fori*, a aplicação das regras de competência jurisdicional estabelecidas pelas leis estrangeiras.

Como acontece com as regras de *competência legislativa*, as regras de *competência jurisdicional* estabelecidas pela *lex fori* podem estar em *conflito* com as regras de competência jurisdicional estabelecidas pelas leis estrangeiras, e o conflito pode ser ou *positivo*, se tanto a *lex fori* como a lei estrangeira atribuem competência à respectiva jurisdição, ou *negativo*, se uma e a outra excluem a competência dessa jurisdição.

Como exemplo do conflito positivo, teremos o caso em que a lei de um país estabeleça para uma acção a competência do tribunal do domicílio do reu, e a lei de outro país estabeleça a competência do tribunal da situação dos bens, encontrando-se o domicílio do reu no primeiro país e estando os bens situados no segundo.

Como exemplo do conflito negativo, pode indicar-se a hipótese de, estando o devedor domiciliado num país e possuindo os seus bens em outro país, a lei do país do domicílio atribuir competência ao tribunal do país da situação dos bens, e a lei deste último país atribuir competência ao tribunal do país do domicílio.

⁽¹⁾ Weiss, *Traité*, vi, pág. 96º e 459º.

Esta forma de conflito origina claramente uma questão de *devolução da competência jurisdicional*, paralela à questão, que já estudámos, da devolução da competência legislativa.

A solução do conflito positivo ou negativo das regras de competência jurisdicional deve, em nosso critério, ser idêntica à solução que demos aos conflitos de regras de competência legislativa. As regras de competência jurisdicional da *lex fori* representam para o tribunal o verdadeiro direito internacional sobre a matéria, nenhum valor podendo por isso atribuir-se às regras de competência jurisdicional estabelecidas pelas leis estrangeiras (1).

184 — A maior parte das vezes, a intervenção dos órgãos do poder público na vida jurídico-privada depende de um *acto de vontade* dos particulares. Estes, porém, em regra, não podem dirigir-se a qualquer autoridade, mas precisam de recorrer à *autoridade competente*.

Casos há, contudo, em que os particulares podem *escolher* a autoridade que há de intervir na constituição, conservação ou defesa dos seus direitos.

E assim é que, para a prática de um acto notarial, por exemplo, um português pode escolher, em direito interno, não só entre os notários de uma comarca, mas entre os notários do país e, em direito internacional privado, poderá escolher um notário de qualquer país, desde que a nossa lei estabelece o princípio quasi absoluto de que a forma externa dos actos é regulada pela lei do lugar da celebração, sem obrigar os portugueses a praticar em Portugal os actos jurídicos que lhes interessem.

Sendo assim, importa certamente saber em que termos a competência internacional das jurisdições está dependente da vontade, o que equivale a determinar quando é que a vontade pode ser elemento decisivo da competência da jurisdição.

O princípio a estabelecer parece-nos simples. A lei é uma regra da vontade. Sempre que, pois, um tratado ou uma lei interna sobre matéria internacional estabeleça, como elemento determinativo da competência internacional, um facto certo e determinado, como a nacionalidade, o domicílio, a situação dos bens, a execução do contrato, etc., a vontade não pode determinar *directamente* a competência da jurisdição, embora possa, até certo ponto, praticar o facto que determina a competência, como a naturalização em determinado país, o estabelecimento do domicílio em certo Estado, a escolha do lugar da execução do contrato, etc.

Se, porém, a competência da jurisdição não está dependente de uma circunstância determinada por um tratado ou

pela lei interna, deve entender-se que a competência da jurisdição depende directamente da vontade.

A escolha da jurisdição tanto pode ser inteiramente livre, como pode ser restrita a um número limitado de jurisdições. Inteiramente livre é, por exemplo, a escolha do notário de qualquer país para a prática de um acto jurídico relativamente às legislações que admitem o princípio *locus regit actum*. Da escolha entre um número limitado de jurisdições, oferece-nos um exemplo característico o artigo 5.º da convenção da Haia relativa ao divórcio e à separação, de 12 de junho de 1902, o qual estabelece a competência cumulativa da jurisdição nacional e da jurisdição do país do domicílio para julgar as acções de divórcio e de separação de pessoas.

Quando a vontade é livre na escolha da jurisdição, não se pode dizer que o indivíduo pratica um acto de fraude escolhendo antes uma que outra jurisdição, como fraude não pode haver quando a competência da lei deriva da vontade e o interessado escolhe determinada lei para regular um acto jurídico.

Se, porém, a competência da jurisdição depender de um elemento de facto em cuja prática a vontade é mais ou menos vinculada por normas jurídicas, já pode haver fraude, se na realização desse facto (mudança de nacionalidade ou mudança de domicílio, por exemplo) não houver a *seriedade de vontade* necessária à existência de um acto juridicamente subsistente. E, quando a falta de seriedade da vontade seja devidamente fundamentada, o facto fraudulentamente praticado não poderá fundamentar a competência da jurisdição (1).

Destas ideias faz uma aplicação frisante a referida convenção da Haia de 1902, quando determina, no artigo 5.º, que, no caso de abandono ou de mudança de domicílio, depois de produzida a causa de divórcio ou de separação, o cônjuge inocente pode propor a acção de divórcio ou de separação perante a jurisdição competente do último domicílio comum.

185 — Para julgar da eficácia de um acto praticado por uma autoridade ou por um tribunal estrangeiro, podem as autoridades ou tribunais portugueses ter de verificar se a autoridade ou tribunal estrangeiro tinha competência jurisdicional para o praticar. Daí resulta o problema de qual seja o critério de apreciação dessa competência.

É evidente que, na hipótese de a competência para o acto em questão haver sido regulada num tratado, o critério de apreciação é o estabelecido pelo tratado. Tal é a doutrina consagrada pelo artigo 7.º da convenção da Haia relativa ao divórcio e à separação de pessoas, o qual, tornando a eficácia internacional das sentenças de divórcio e de separação dependente de elas

(1) Supra, n.ºs 20 e 135 e seq.

(1) Supra, n.º 167.

haverem sido proferidas por um tribunal competente, acrescenta logo que as regras de competência cuja aplicação se deve ter verificado são as estabelecidas pelo artigo 5.º da mesma convenção.

Na falta de tratado, a autoridade ou tribunal a quem cabe resolver acêrca da competência da autoridade ou tribunal estrangeiro só pode hesitar entre as regras de competência internacional estabelecidas pela sua própria lei e as estabelecidas pela lei do país onde foi praticado o acto ou proferida a sentença submetidos à sua apreciação. Por qual optar?

A questão tem sido discutida a propósito da execução das sentenças proferidas em país estrangeiro, dividindo-se a doutrina e o direito positivo quanto à sua resolução. Têm sido seguidos quatro sistemas: *primeiro* — competência da lei do país do tribunal que proferiu a sentença; *segundo* — competência da lei do país onde se pede o reconhecimento da sentença; *terceiro* — concordância das duas leis; *quarto* — competência da lei do país de reconhecimento, quando esta lei estabelece a competência exclusiva dos tribunais desse país, e competência da lei do país de origem da sentença, nos outros casos.

O primeiro sistema defende-o Roguin, em face do tratado franco-suíço de 1869 ⁽¹⁾. O segundo é defendido por Asser ⁽²⁾, Bartin ⁽³⁾ e Anzilotti ⁽⁴⁾ e foi sancionado pelo Código de processo civil alemão (art. 722.º). O terceiro é o sistema geralmente seguido em França e foi o adoptado pela jurisprudência francesa ⁽⁵⁾. O quarto é aceito por Pillet ⁽⁶⁾ e Weiss ⁽⁷⁾.

Cremos que a lógica jurídica está com o segundo sistema. A questão refere-se à ordem internacional das jurisdições, isto é, à delimitação da jurisdição de um Estado em face da jurisdição dos outros Estados e, por isso, constitui *matéria internacional*. Devem portanto resolvê-la ou regras de direito internacional propriamente dito, ou regras de direito interno internacional. Ora, quando faltarem regras de direito internacional e tenha de recorrer-se a regras de direito interno em matéria internacional, estas regras constituem, como, por muitas vezes, temos dito, o verdadeiro direito internacional para as autoridades e tribunais do Estado que as formula, sendo como não existentes as regras formuladas pelos outros Estados, pouco importando que essas regras sejam iguais ou diferentes e que, portanto, concordem ou não com as estabelecidas pelo Estado

a que pertencem as autoridades ou os tribunais a quem cabe decidir da competência das autoridades ou tribunais estrangeiros ⁽¹⁾.

É, pois, segundo as regras de competência internacional da sua própria lei que os tribunais de cada país devem verificar se um tribunal estrangeiro era ou não competente.

Nestes termos, um tribunal português considerará competente ou incompetente um tribunal estrangeiro, segundo se verificar ou não, em relação a êsse tribunal, o elemento de conexão que, segundo a lei portuguesa, attribuiria, nas mesmas condições, a um tribunal português competência internacional para conhecer da mesma questão. Supondo, por exemplo, que, no caso occorrente, a lei portuguesa derivava a competência internacional do domicílio do réu, o tribunal estrangeiro deverá ser ou não considerado competente, segundo o réu estivesse ou não domiciliado no país onde foi proferida a sentença. Um acto jurisdiccional estrangeiro, diremos, segundo Anzilotti, tem valor entre nós como realizado por uma jurisdição competente, se existia, em favor da jurisdição estrangeira, o título que, para o mesmo caso, teria legitimado o exercício da função jurisdiccional portuguesa ⁽²⁾.

O que fica dito a respeito das sentenças estrangeiras tem inteira aplicação a quaisquer actos de autoridades estrangeiras relativamente aos quais houver que apreciar da competência da autoridade que os praticou. As razões de decidir são as mesmas. A medida da *jurisdição graciosa* de cada Estado está sujeita aos mesmos princípios que a medida da sua *jurisdição contenciosa*.

⁽¹⁾ Roguin, *Conflicts de lois suisses*, Lausanne, 1891, pág. 759 e seg.

⁽²⁾ *Revue de droit international*, 1869, pág. 415.

⁽³⁾ Ob. cit., pág. 5 e seg.

⁽⁴⁾ *Rivista di diritto internazionale*, 1908, pág. 174.

⁽⁵⁾ Vide Weiss, *Traité*, vi, pág. 49 e nota 2.

⁽⁶⁾ *Principes*, n.º 301, e *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*, Paris, 1913, pág. 287.

⁽⁷⁾ *Traité*, vi, pág. 47 e seg.

⁽¹⁾ Supra, n.ºs 20 e 156.

⁽²⁾ *Revista* cit., pág. cit.

CAPÍTULO V

Reconhecimento dos direitos adquiridos
em país estrangeiro

§ 1

Princípio geral

SUMÁRIO. 186 — Fórmula do problema do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos. Princípio fundamental que domina o problema. 187 — Carácter do princípio. 188 — Organização do princípio: seus limites e condições de aplicação. 189 — Independência científica e pedagógica do problema do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos. 190 — O reconhecimento internacional dos direitos adquiridos e a mudança da lei reguladora das relações jurídicas, ou a anexação de territórios.

186 — Estabelecidos os princípios gerais que, em nosso critério, dominam o problema dos direitos dos estrangeiros e o problema da determinação da lei aplicável às diferentes relações jurídicas, importa apreciar o terceiro problema do direito internacional privado, cujo conteúdo é, como vimos (n.º 2), a *determinação do valor dos direitos adquiridos, ou definidos por sentença, em país estrangeiro*. Vejamos, pois, em que sentido deverá ser resolvido este novo problema.

A ciência e o direito positivo, assim como resolveram o primeiro problema do direito internacional privado no sentido do reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros, e o segundo no sentido de reconhecer o valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras, assim também resolveram o terceiro no sentido da aceitação do *princípio do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos*.

E este princípio é não só um postulado da ciência ou uma regra do direito interno de cada Estado, mas obteve já os foros de uma regra do direito internacional positivo ⁽¹⁾, o qual, ao mesmo tempo que obriga os Estados a reconhecer o estrangeiro

como *sujeito de direitos*, os obriga igualmente a reconhecer os *direitos legitimamente adquiridos*.

E assim era teoricamente justo e praticamente necessário. Teoricamente justo, pois, se é legítimo o reconhecimento da *personalidade virtual* do indivíduo, para que ele possa adquirir direitos como condições de garantia dos seus interesses humanos, é juridicamente lógico que se reconheça a *personalidade concretizada* nos direitos adquiridos. Um direito adquirido é uma realização da personalidade, o conjunto dos direitos adquiridos constitui o *património jurídico* do indivíduo e, por isso, se o direito internacional se afirmara no sentido do reconhecimento da personalidade como poder de querer juridicamente, igualmente devia afirmar-se no sentido de impor o reconhecimento dos direitos adquiridos como afirmações concretas da personalidade. Era um grau necessário na evolução do direito.

Mas o reconhecimento do princípio era igualmente uma necessidade prática, imposta pelas exigências da vida internacional. As relações internacionais, que se tornaram uma condição de vida dos Estados civilizados, obrigam infinitas vezes os indivíduos a deslocarem-se do seu país para outro país. Esta deslocação não deve suspender a *continuidade jurídica* da vida individual, sob pena de as relações internacionais se tornarem precárias, se não inteiramente impossíveis. A conservação do património jurídico do indivíduo ou, por outras palavras, o seu *valor jurídico* deve manter-se através da mudança de país, para que esta inspire confiança e se ouse sem receios ⁽¹⁾.

A lógica jurídica e as exigências práticas conduziram, com efeito, à formação consuetudinária do princípio do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos, que, se não directamente formulado, é mil vezes aplicado pelas leis internas e pelos tratados.

Quanto às leis internas, em todas, desde o código Napoleão ao código brasileiro, encontramos o reconhecimento tácito do princípio. Em verdade, outra coisa não significam os preceitos que atribuem efeitos aos actos praticados em país estrangeiro, como são: no código Napoleão, os artigos 47.º, 170.º e 999.º, que determinam as condições em que, em França, produzem efeito os actos do estado civil, os casamentos e os testamentos celebrados em país estrangeiro ⁽²⁾; no código civil italiano, o artigo 12.º, donde resulta que podem produzir efeitos em Itália os actos praticados e as sentenças proferidas em país estrangeiro, desde que não ofendam as leis de ordem pública ⁽³⁾; no código civil argentino, os artigos 8.º, 14.º,

⁽¹⁾ Vide Anzilotti, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, pág. 155, nota 1; Cavaglieri, *L'elemento consuetudinario nel diritto internazionale privato*, pág. 68; Dicey, *Conflict of laws*, pág. 23; supra, pág. 57.

⁽¹⁾ Vide Pillet, *Principes*, n.º 285.

⁽²⁾ Supra, pág. 369.

⁽³⁾ Supra, pág. 371.

159.º, 166.º, 1240.º a 1242.º, 1245.º e 3163.º, que determinam em que termos produzem efeitos na Argentina os casamentos e outros actos celebrados em país estrangeiro (1); e, em todas as outras leis que referimos, quaisquer disposições que estabeleçam o regime dos actos ou factos jurídicos para que eles sejam eficazes perante os tribunais dos respectivos países (2).

No direito português, a lição dos textos legais é manifesta. Os artigos 24.º, 25.º, 28.º, 31.º, 964.º, 1106.º, 1961.º, 1965.º e 2430.º do Código civil, os artigos 4.º, 5.º, 64.º, 109.º e 111.º do Código comercial, os artigos 20.º, 21.º, § 4.º, n.º 2, 213.º, 805.º e 1087.º e seguintes do Código do processo civil, e os artigos 8.º e 30.º do Código do processo comercial (para não falar senão dos diplomas fundamentais) determinam todos ou o valor de actos praticados em país estrangeiro, ou os termos em que os tribunais portugueses podem conhecer de acções relativas às obrigações contraídas em país estrangeiro, ou das condições em que são exequíveis em Portugal sentenças proferidas por tribunais estrangeiros, e por isso todos partem do princípio geral do reconhecimento dos direitos adquiridos em país estrangeiro.

E no mesmo princípio assentam evidentemente os tratados que definem o regime jurídico internacional de determinados actos ou factos jurídicos, como o casamento ou o divórcio, pois não fazem mais do que estabelecer as condições em que esses actos ou factos, quando praticados num dos Estados contratantes, hão de produzir efeitos nos outros Estados. Constituem, certamente, um exemplo frisante as convenções da Haia de 1902 relativas ao casamento e ao divórcio, e as convenções de 1905 relativas aos efeitos do casamento e às sucessões.

As duas convenções de 1902 não fizeram mais do que definir as condições em que o casamento e o divórcio teriam efeito internacional. Partiram por isso do princípio, não impugnado, da atribuição de valor aos actos praticados em país estrangeiro. As duas convenções de 1905 obedeceram à mesma orientação. O casamento celebrado ou a sucessão aberta num dos Estados contratantes produziram os seus efeitos nos outros Estados contratantes, uma vez que se observassem os preceitos das convenções.

As convenções são, assim, uma *regulamentação* do princípio que quasi inconscientemente dominava as conferências que elaboraram as convenções.

187 — O princípio do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos tem um carácter semelhante ao dos dois princípios que dominam os outros problemas do direito interna-

cional privado. É um princípio *geral*, não inteiramente determinado nos seus limites ou na sua regulamentação. Nesses pontos, é livre a iniciativa dos Estados. Desde que estes reconheçam o princípio dos direitos adquiridos em país estrangeiro como condição da vida jurídica dos indivíduos, têm liberdade para regular a *execução* do princípio pelo modo que for exigido pela sua defesa e conservação e pela lógica das suas leis.

Como não é obrigado a reconhecer aos estrangeiros *certos e determinados* direitos, ou a ter um *certo sistema de regras de conflitos de leis*, assim também não é o Estado obrigado a reconhecer *todos* os direitos adquiridos em país estrangeiro, a reconhecê-los *sempre*, ou a aceitar todos os seus *efeitos*. O princípio é ainda indeterminado quanto aos pormenores da sua organização, e por isso o Estado tem liberdade de acção quanto aos *limites* e quanto às *condições* da aplicação do mesmo princípio. Procuremos, pois, formular as regras que devem disciplinar, nesses pontos, a liberdade de acção do Estado.

188 — I — *Limites*. As restrições que limitam o princípio do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos são fundamentalmente duas: a) a não existência no Estado de reconhecimento do direito adquirido em país estrangeiro; b) a reserva do direito para os nacionais.

Um poder jurídico existente no Estado onde foi adquirido pode não existir no Estado onde se pretende o seu reconhecimento, por um de dois motivos: 1.º) ou porque esse poder jurídico tem por conteúdo um interesse que o Estado de reconhecimento ainda não protege legalmente; 2.º) ou porque tem por conteúdo um interesse incompatível com uma lei de ordem pública.

1.º) O direito é um interesse protegido pela lei, cabendo naturalmente à ordem jurídica de cada país determinar os interesses que devem constituir objecto de poderes jurídicos e aqueles cuja lesão não dá lugar a uma sanção coactiva. A ordem jurídica é sempre uma *disciplina* e um *sistema de restrições* da actividade individual, para além das quais fica o *campo livre* da expansão daquela actividade. Sendo assim, claramente se compreende que não possa pretender-se num país o reconhecimento de um direito que aí não existe. Seria, por um lado, deixar a *amplitude* da ordem jurídica dependente de um legislador estrangeiro e, por outro lado, estabelecer muitas vezes uma diferença para mais entre estrangeiros e nacionais, quando o máximo de protecção jurídica a que podem aspirar os estrangeiros é a sua equiparação aos nacionais.

Estará em tais condições a pretensão de fazer valer num país uma forma de propriedade industrial que nesse país não é admitida. Toda a forma de propriedade industrial é uma espécie de *monopólio* em favor de um indivíduo, restringindo a liber-

(1) Supra, pág. 372.

(2) Supra, pág. 377 e seg.

dade de trabalho dos outros indivíduos. Quando portanto êsse monopólio não exista na lei local, não poderá tornar-se efectivo, se adquirido em país estrangeiro.

Só num tratado poderá estabelecer-se o contrário, isto é, que seja reconhecido pelo Estado como adquirido em país estrangeiro um direito que êsse Estado não reconhece.

2.º) O direito adquirido em país estrangeiro pode não existir no Estado de reconhecimento por se considerar contrário a uma lei de ordem pública, como seria a propriedade sobre um escravo ou o segundo casamento antes de o primeiro se encontrar dissolvido.

Num país que não admite a escravatura nem a poligamia, não pode um homem adquirir o direito de propriedade sobre outro homem, nem uma pessoa casada pode contrair segundo casamento enquanto persistir o primeiro.

Poderá, porém, ser reconhecida a propriedade servil e o casamento poligâmico quando a propriedade do escravo seja adquirida num país de escravatura e o segundo casamento de uma pessoa já casada tenha sido contraído num país de poligamia por uma pessoa pertencente a êsse ou a outro país de poligamia? É evidente que não. As leis que proíbem a escravatura e a poligamia são de ordem pública internacional e, se fossem reconhecidos os direitos do senhor ou os direitos do polígamo, resultaria que iria reconhecer-se indirectamente o que directamente se proíbe.

Contudo, o grau de força inibitória das leis de ordem pública em matéria de direitos adquiridos tem um alcance diferente do que se lhe atribui em matéria de conflitos de leis quanto à prática de um acto ou à constituição de uma relação jurídica.

Quando em qualquer país, em Portugal por exemplo, é praticado um acto em harmonia com uma lei estrangeira normalmente competente, mas em contrário de uma lei local de ordem pública internacional, o acto é radicalmente nulo e sem eficácia jurídica. É o efeito lógico da acção inibitória das leis de ordem pública internacional.

Se, porém, o mesmo acto for praticado em país estrangeiro em harmonia com a lei normalmente competente, como as leis de ordem pública portuguesas o não podem atingir, dada a sua competência meramente territorial⁽¹⁾, êsse acto tem evidentemente existência jurídica, e as leis portuguesas de ordem pública internacional apenas podem obstar ao reconhecimento dos seus efeitos. E, então, impõe-se naturalmente uma distinção entre os efeitos *inofensivos* e os efeitos *contrários* àquelas leis, devendo ser reconhecidos os primeiros e rejeitados os segundos.

(1) Supra, n.º 176.

Tal é a doutrina seguida por Von Bar⁽¹⁾, Despagnet⁽²⁾, Pillet⁽³⁾ e Anzilotti⁽⁴⁾, que consideramos juridicamente exacta. Em verdade, desde que as leis portuguesas de ordem pública internacional não podem atingir o acto em si mesmo, trata-se de um acto juridicamente subsistente e capaz de produzir efeitos jurídicos. E porque as referidas leis são *leis de defesa* do interesse público local, não há razão para que a sua acção inibitória se exerça a respeito dos efeitos do mesmo acto, que, por si mesmo, não pode lesar o interesse público.

Da aceitação desta doutrina derivam muitas consequências, que apontaremos nos lugares próprios, entre as quais, indicaremos, como exemplo, o reconhecimento da legitimidade dos filhos de um polígamo, quando o segundo casamento tenha sido celebrado em país estrangeiro segundo as leis de um país que admite a poligamia.

b) Embora a tendência seja para a equiparação entre nacionais e estrangeiros, essa equiparação não é exigida por qualquer regra de direito internacional, podendo o Estado privar os estrangeiros de certos direitos que concede aos nacionais, uma vez que não recuse àqueles o mínimo de direitos indispensáveis ao exercício da sua actividade jurídica. Mas, se a equiparação entre nacionais e estrangeiros não é ainda uma regra de direito internacional, bem pode o Estado recusar aos estrangeiros um certo direito, quer quando adquirido dentro do seu próprio território, quer quando adquirido em país estrangeiro. É assim é, por exemplo, que a lei portuguesa nega aos estrangeiros o direito de serem proprietários de navios portugueses, e esta restrição tanto priva os estrangeiros de adquirir tal direito em Portugal como obsta a que o mesmo direito seja reconhecido pelos tribunais portugueses quando adquirido em país estrangeiro⁽⁵⁾. Do mesmo modo o decreto de 21 de outubro de 1907 (art. 9.º) priva as companhias de seguros estrangeiras, que não estejam legalmente representadas em Portugal, de fazerem contratos de seguros que digam respeito a pessoas residentes ou a coisas sitas em Portugal, e por isso não terão valor algum em tribunais portugueses os seguros feitos por companhias estrangeiras em contravenção desse preceito.

II— *Condições*. O princípio do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos não obriga em todas as circunstâncias, mas depende, na sua aplicação, de determinados requisitos, que se resumem na *validade* da aquisição dos direitos.

Esta validade consiste em ter sido aplicada na aquisição do direito a lei competente para o regular.

(1) Ob. cit., § 56.

(2) *De la notion d'ordre public*, em *Clunet*, 1888, pág. 188 e seg.

(3) *Principes*, n.º 286.

(4) *Corso di lezioni*, pág. 166.

(5) Supra, pág. 195.

E para apreciar a validade da aquisição pela aplicação da lei competente, importa considerar, com Piller, as duas hipóteses de: a) no momento da aquisição do direito, não se dar qualquer conflito de leis, tendo o direito uma origem meramente nacional; b) no momento da aquisição, se dar um conflito de leis, revestindo a constituição da respectiva relação jurídica carácter internacional.

a) Um direito tem uma origem puramente nacional, quando todos os seus elementos estão em contacto com as leis de um só país. Assim, se dois espanhóis, domiciliados em Espanha, celebrarem nesse país um contrato sobre um objecto que se encontra no mesmo país e nele deve ser entregue, o direito adquirido pelo contrato tem uma origem puramente nacional⁽¹⁾.

Em tal caso, é de evidência que o direito deve considerar-se válidamente adquirido quando o tenha sido em harmonia com as leis do país onde se deu a aquisição. Na sua constituição, o direito, em cada um dos seus elementos, não se encontrava em contacto senão com as leis de um Estado e, por isso, devem naturalmente considerar-se competentes para o regular as leis desse Estado e ter-se o direito como regularmente adquirido se essas leis foram cumpridas. E, ao apreciar o mesmo direito, deverá o juiz aplicar tais leis, a não ser que a isso se oponham considerações de ordem pública.

b) Pelo seu sujeito, pelo seu objecto ou pelo facto da sua constituição, pode uma relação jurídica encontrar-se, logo na sua origem, em contacto com leis de diferentes Estados, como se um contrato é celebrado em França entre um espanhol e um italiano sobre uma coisa situada na Inglaterra, para ser cumprido no Brasil. Logo na sua constituição, o direito determina a existência dum conflito de leis e assume aspecto internacional. Quando se dirá que, em tal hipótese, o direito foi válidamente adquirido?

É evidente que o direito será, em princípio, válidamente adquirido se a cada um dos seus elementos se tiver aplicado, das diferentes leis em concorrência, a lei competente para o regular. Como determinar, porém, esta lei?

Se todos os Estados adoptassem as mesmas regras de conflitos de leis e, portanto, fôsem uniformes os sistemas de direito internacional privado sancionados pelas diferentes legislações, não haveria dificuldade nenhuma. A lei competente seria sempre a mesma.

Contudo, as regras de conflitos variam de legislação para legislação, e bem pode acontecer que as regras de direito internacional privado vigentes no Estado onde o direito foi adqui-

⁽¹⁾ Importa recordar, para a melhor compreensão da doutrina exposta no texto, a classificação das relações jurídicas internacionais de carácter privado feita por Jitta, que indicamos na página 285, nota 1.

rido sejam diferentes das vigentes no Estado onde se pretende que êle seja reconhecido, e daí a delicada questão de saber se a validade da aquisição do direito há de apreciar-se em face das regras de conflitos de leis do Estado de origem do direito ou em face das regras de conflitos de leis do Estado de reconhecimento.

Pillet, tratando a questão, escreve: «Estamos em face de uma questão de carácter internacional e que faz parte portanto do património comum das nações. Todos os Estados têm direitos iguais quanto à sua solução e não pode pensar-se em impor ao juiz uma solução diferente da aprovada pelo legislador de que êle depende. Será, pois, necessário que a lei observada tenha sido a lei competente segundo o sistema seguido no lugar onde é requerida a execução do direito. Mas deverá o juiz preocupar-se, além disso, com a competência da lei observada segundo as ideias recebidas no lugar onde o acto foi praticado? A questão é mais duvidosa, e concebe-se que as opiniões podem variar neste ponto. Parece-nos mais correcto não exigir esta segunda condição. Teria o inconveniente de obrigar o juiz a consagrar indirectamente um sistema de direito internacional privado que êle reprova, e esta consequência é difficilmente conciliável com a perfeita igualdade dos Estados na esfera do direito internacional privado»⁽¹⁾.

Como se vê, Pillet, embora depois de hesitar, decide-se pela aplicação da lei competente segundo o sistema de conflitos vigente no Estado onde se pede o reconhecimento do direito.

Esta doutrina parece-nos rigorosa. Podem, porém, levantar-se duas objecções, que importa considerar. A primeira é indicada pelo próprio Pillet e por êle apreciada. Eis como a apresenta: «Seguir-se há daí que um direito considerado regularmente adquirido num país não o será em outro e que êsse direito produzirá aqui os seus efeitos, negando-se-lhe além todo o seu valor. Por mais pernicioso que esta consequência possa ser, resulta evidentemente da independência dos Estados na definição das suas obrigações internacionais».

A segunda contém-se na observação de que a doutrina de a regularidade da aquisição do direito ser apreciada em harmonia com a lei competente para a regular segundo as regras de conflitos do Estado de reconhecimento conduz à consequência de que o sujeito do direito, no momento da sua constituição, pode não saber em que país terá de pedir o seu reconhecimento, sendo, por isso, absurdo considerar competente para presidir à aquisição do mesmo direito a lei do Estado de reconhecimento e parecendo justo atribuir competência à lei do Estado de constituição.

Esta objecção é certamente grave, mas não a considera-

⁽¹⁾ *Principes*, pág. 556.

mos suficientemente forte para destruir o rigor da doutrina que nos parece exacta.

No estado actual do direito internacional privado, fora das poucas regras de conflitos de leis já estabelecidas pelo costume ou pelos tratados, é o Estado que singularmente formula os preceitos de determinação da competência das leis que devem regular as relações jurídicas, segundo o fim social das leis ou segundo a natureza dessas relações. Sendo assim, as regras de conflitos de leis formuladas por cada Estado representam para êle e para os seus tribunais o verdadeiro direito internacional, o que significa que, para êsses tribunais, a única lei justa para presidir à aquisição de um direito é a que o seu Estado assim considera, e portanto, se na constituição de um direito se applicou outra lei, não poderá tal direito ter-se por legitimamente adquirido.

Além disso, se tivera de atender-se, não à lei competente segundo o sistema de regras de conflitos de leis do Estado de reconhecimento, mas à que o fôsse segundo o sistema de regras de conflitos de leis do Estado de origem, seguia-se que as regras de conflitos de leis teriam de considerar-se *territoriais*, não podendo dominar relações jurídicas que se constituem fora do território do Estado, e o resultado seria que a mesma relação jurídica poderia ser regulada por uma lei diferente segundo o território onde se constituísse, o que estaria em contradição com o regime de uniformidade que o direito internacional privado deve estabelecer para as relações jurídicas. Assim, se o Estado de reconhecimento mandar regular a sucessão pela lei nacional do autor da herança, e o Estado de origem pela lei do seu domicílio ou pela lei da situação dos bens, viria a consequência de que, prescindindo o Estado de reconhecimento da sua própria regra de conflitos para apreciar a legitimidade da aquisição de um direito por sucessão, a fim de aplicar a regra de conflitos do Estado de origem, não legitimamente adquirido êle tinha de considerar o direito quando applicada a lei nacional como quando applicada a lei do domicílio ou a lei da situação, embora tivesse em princípio considerado como unicamente justa a lei nacional. É claramente absurdo. A justiça só pode estar com alguma dessas leis. Não pode estar com todas.

A única doutrina logicamente rigorosa é, pois, a de que a regularidade da aquisição de um direito cuja origem reveste carácter internacional deve ser apreciada em harmonia com as regras de conflitos de leis do Estado onde é pedido o reconhecimento do mesmo direito.

189—Indicado o problema do reconhecimento dos direitos adquiridos em país estrangeiro e determinado o princípio que o domina, importa analisar a questão da sua autonomia, verificando se o problema é scientificamente independente, ou se, ao contrário, deve integrar-se no problema dos conflitos de leis.

Despagnet⁽¹⁾, Cavaglieri⁽²⁾ e Diena⁽³⁾ sustentam que a teoria dos conflitos de leis abrange as questões com que Pillet forma a teoria do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos e que, por isso, não tem fundamento a introdução da nova teoria na organização científica do direito internacional privado. Para aqueles autores, basta aplicar aos efeitos de um acto juridico a lei competente para regular o mesmo acto, para encontrar a explicação do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos. Determinada a lei competente para regular uma relação jurídica, essa lei deve regulá-la tanto em si como nas suas consequências, e, assim, tudo se reduz ao problema dos conflitos de leis, que consiste exactamente em determinar, na concorrência de diferentes leis, a lei competente para regular uma dada relação jurídica. E, se é certo que a lei declarada competente não pode applicar-se por vezes em toda a sua extensão a uma relação jurídica, por ir de encontro às leis de ordem pública do Estado onde pretende tornar-se efectiva essa relação jurídica, deixando, por isso, de applicar-se a referida lei a todos os efeitos da relação jurídica que é normalmente chamada a regular, também o é que à mesma lei é substituída a lei local, como lei de ordem pública, resolvendo-se afinal uma questão de conflitos de leis.

Que valor attribuir a esta doutrina?

Creemos que ela não é decisiva da falta de autonomia científica do problema do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos, e que, antes, êste problema é complemento necessário do problema dos conflitos de leis.

Relativamente a cada Estado, o acto de constituição de um direito ou o *acto de aquisição* dêsse direito, pode dar-se no seu território ou no território de outro Estado.

Em qualquer dos casos, há conflito de leis sempre que a relação jurídica que se constitui tem carácter internacional, isto é, se, por qualquer dos seus elementos (sujeito, objecto, facto jurídico) se encontra em contacto com leis de diferentes Estados.

É evidente que, no primeiro caso, isto é, no caso de a relação jurídica ser internacional e se constituir no território do Estado onde é apreciada, há um problema de conflitos de leis *puro*. Os tribunais dêsse Estado não têm mais do que applicar as regras de conflitos que a sua legislação estabelece, para verificar se a relação jurídica foi ou não bem constituída e se portanto pode produzir os seus efeitos.

Se, porém, se dá o segundo caso, isto é, se o acto de constituição da relação jurídica se passa num outro Estado, a situação é diferente.

(1) *Revue de droit international public*, 1905, pág. 822.

(2) *Diritto internazionale privato*, n.º 103.

(3) *La teoria dei diritti acquisiti in due opere di diritto internazionale privato*, pág. 58 e seg.

Em tal caso, a relação jurídica pode ser meramente *estranjeira*, se na sua constituição não houve conflito de leis, por todos os seus elementos se encontrarem apenas em contacto com as leis do Estado de constituição, ou pode ser *internacional*, se tal conflito se tiver dado.

Na hipótese de a relação jurídica ser na origem meramente estrangeira e se pretender torná-la efectiva num determinado Estado, vê-se claramente que o problema a resolver consiste todo em saber se uma relação jurídica constituída em país estrangeiro, plenamente de harmonia com as leis de certo Estado, por só se encontrar em contacto com as leis desse Estado, deve ou não ser reconhecida, sem haver que apreciar qualquer conflito de leis; isto é, trata-se pura e simplesmente de um problema de *reconhecimento* de direitos adquiridos em país estrangeiro. E, para o resolver, não há que aplicar regras de conflitos de leis, pois que conflitos de leis não houve na sua constituição. Nem se poderá dizer que o conflito aparece no momento da execução, dando-se um *conflito de execução*, pois a lei do país do tribunal nunca poderia aplicar-se, como lei competente, a um facto que, ao verificar-se, não tinha com ela relação alguma. Só poderia aplicar-se *retroactivamente*, o que seria contrário aos princípios elementares de direito. Em tal hipótese, só há uma coisa a verificar: é se o direito adquirido em país estrangeiro deve ou não ser reconhecido. É um problema autónomo do problema dos conflitos de leis.

Na hipótese de a relação jurídica ser ao mesmo tempo estrangeira e internacional, por se constituir em país estrangeiro e estar em contacto com leis de diferentes Estados no momento da sua constituição, há dois problemas a resolver: um problema de reconhecimento de direitos adquiridos em país estrangeiro e um problema de conflitos de leis. Ao tribunal aparece também nesse caso a questão de saber se tal relação jurídica deve ser reconhecida e, assente em princípio, que o deve ser, vai verificar se está nas condições de o ser, entrando no número dessas condições a conformidade da relação jurídica com a lei competente para a regular, segundo as regras de conflitos de leis do Estado de reconhecimento. Mas, se os dois problemas se associam, nem por isso se confundem, tendo cada um o seu lugar bem marcado. O problema dos conflitos de leis aparece então como simples elemento de resolução do problema do reconhecimento dos direitos adquiridos. Se, em princípio, se não estabelecesse a regra do reconhecimento dos direitos adquiridos em país estrangeiro, escusado era saber se o conflito de leis que se dera na aquisição do direito foi ou não bem resolvido.

O problema do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos tem, pois, autonomia científica.

Mas tem, além disso, utilidade pedagógica. Em verdade, convém à clareza e ao método de organização lógica dos

princípios do direito internacional privado reunir numa *construção* doutrinária autónoma as regras de legitimidade do valor a atribuir aos actos praticados e aos direitos adquiridos em país estrangeiro.

190 — O problema do reconhecimento dos direitos adquiridos em país estrangeiro pode aparecer apenas nos termos em que o apresentámos, ou pode complicar-se com a mudança da lei reguladora da relação jurídica de que se trata.

Esta mudança de lei reguladora da relação jurídica pode dar-se quer na mudança de nacionalidade, quanto às relações jurídicas que entram no domínio da lei pessoal, quer na passagem, por anexação, de territórios de um para outro Estado.

a) *Mudança de nacionalidade*. Pela naturalização ou pelo casamento, segundo a grande maioria das legislações, pode o indivíduo mudar de nacionalidade (Cód. civil, art. 18.º, n.ºs 5.º e 6.º) e, com a mudança de nacionalidade, é evidente que muda a sua lei pessoal, relativamente aos Estados que adoptam, na determinação da lei pessoal, o sistema da lei nacional. Sendo assim, bem pode acontecer que, ao apreciar o valor de um direito adquirido em país estrangeiro, o tribunal de um Estado tenha de determinar a influência que na *vida* desse direito podia exercer a mudança de lei pessoal, sempre que tal direito entre na esfera de aplicação da lei pessoal, ou a lei pessoal deva ser tida em conta na sua constituição. Assim: um indivíduo era maior segundo a antiga e deveria ser menor segundo a nova lei pessoal; casou, e podendo casar segundo a antiga lei pessoal, não o poderia fazer segundo a nova lei; podia ser perflhado espontânea ou judicialmente segundo a antiga, não o podendo ser, porém, segundo a nova lei nacional, etc. Qual, pois, o efeito da mudança de nacionalidade?

Dá-se aqui claramente, a par com o problema dos direitos adquiridos quanto ao *espaço*, um problema de direitos adquiridos quanto ao *tempo*. A mudança de lei pessoal tem como consequência a substituição de uma lei de direito interno a outra lei de direito interno. Se, por exemplo, o indivíduo era espanhol e passa a ser português, a mudança de nacionalidade tem como efeito que a lei interna espanhola como lei pessoal desse indivíduo foi substituída pela lei interna portuguesa. E um caso novo de *sucessão* de leis internas como leis reguladoras das relações jurídicas, devendo proceder-se como se procede quando se dá um caso de sucessão de regras de conflitos de leis. As situações jurídicas sucessivas ou os direitos adquiridos antes da mudança de lei pessoal continuarão a ser regidos pela antiga lei pessoal; os poderes objectivos ou simples espectativas, embora já existentes ao tempo da mudança de lei pessoal, passarão a ser regidos pela lei nova, pelo princípio de que os poderes objectivos são regidos, no seu exercício, pela lei vigente ao tempo em que se exercem.

E como situação jurídica subjectiva se deverá considerar um estado que, existindo segundo a lei antiga, e existindo segundo a lei nova, se tinha já constituído segundo a lei antiga, embora a lei nova seja mais exigente quanto à sua constituição.

O estado de maior ⁽¹⁾, o estado de casado e o estado de filho legítimo ou perflhado, constituídos antes da mudança de lei pessoal, devem persistir, mesmo se as condições da sua constituição forem diferentes segundo a nova lei pessoal. Semelhante estado *subjectivou-se*, integrando-se na personalidade do indivíduo, devendo essa personalidade ser respeitada como ela existia ao tempo da mudança de nacionalidade.

Se, porém, o estado podia constituir-se, mas não se constituiu antes da mudança de lei pessoal, permanecendo na situação de simples poder objectivo ou de simples expectativa, e a lei nova não admite tal poder ou expectativa, já não pode constituir-se. O indivíduo apenas tem os poderes objectivos reconhecidos pela lei pessoal *actual*, não podendo por isso exercer os poderes reconhecidos pela lei pessoal *passada*. Se, pois, um filho natural podia ser perflhado, mas não o foi antes da mudança de lei pessoal, já não o poderá ser depois desta mudança, se a nova lei pessoal não permitir a perflhação ⁽²⁾.

Importa, porém, notar que, depois de resolvido o problema da sucessão das duas leis pessoais, o tribunal deve aplicar o princípio do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos nos termos em que o deixamos estabelecido, sempre que tenha de resolver acêrca do valor de um direito adquirido em país estrangeiro.

b) *Anexação*. Por um processo pacífico ou violento, pode um território pertencente a um Estado ser anexado por outro Estado.

Em tal caso, não só muda o poder soberano sobre o território, mas, em maior ou menor escala, o Estado anexador substitui as suas leis às leis vigentes no território anexado ao tempo da anexação, e daí vem naturalmente a questão de saber qual o valor dos direitos constituídos sob o império do antigo Estado e na vigência das suas leis.

Também aqui se revelam paralelamente o problema da sucessão de leis de direito interno e o problema do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos.

Com efeito, a anexação, por si mesma, faz com que os direitos constituídos sob o domínio soberano do antigo Estado tenham, a maior parte das vezes, de ser apreciados pelos tribunals do novo Estado, o que mostra a semelhança entre tal

⁽¹⁾ Quanto ao estado de maior, é no sentido da doutrina seguida no texto o artigo 7.º da lei de introdução do código civil alemão. Vide em sentido contrário: Weiss, *Traité* III, pág. 300; Despagnet, ob. cit., n.º 227; Surville et Arthuys, ob. cit., n.º 156.

⁽²⁾ *Supra*, n.ºs 126 e 162 e seg.

situação e o problema do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos, e as *leis novas* mandadas aplicar pelo Estado anexado ao território anexado revelam claramente um caso de sucessão de leis de direito interno.

Este último problema deve, evidentemente, ser resolvido como no caso de sucessão de regras de conflitos de leis ou da mudança de lei pessoal. É a única solução justa. As situações jurídicas subjectivas constituídas na vigência das antigas leis devem continuar a ser reguladas por essas leis quanto aos efeitos que se produzam no domínio das novas leis. Os poderes objectivos reconhecidos pelas antigas leis passam, porém, a ser substituídos pelos estabelecidos nas leis do Estado anexador.

O problema do reconhecimento dos direitos adquiridos no território anexado enquadra-se, em geral, nos princípios formulados para o caso de direitos adquiridos em país estrangeiro e que estrangeiro continua a ser.

Contudo, como justamente nota Pillet ⁽¹⁾, as exigências da ordem pública, serão na hipótese de anexação, menos rigorosas que no caso geral do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos. Se muda a *subordinação política*, o *estado social* mantém-se em geral, e por isso é com razão que o mesmo escritor formula a doutrina de que os direitos adquiridos antes da anexação devem ser reconhecidos sempre que o permita a nova *ordem política* estabelecida no território anexado.

Escusado seria dizer que os princípios que ficam estabelecidos só poderão aplicar-se no caso de outros não serem formulados no tratado de anexação.

⁽¹⁾ *Principes*, n.º 295.

§ II

Sentenças de tribunais estrangeiros

SUMÁRIO. 191 — Os efeitos jurídicos das sentenças e o estado actual de direito internacional positivo sobre o seu reconhecimento. 192 — Sistemas e tendências das legislações sobre o reconhecimento do valor e eficácia das sentenças proferidas por tribunais estrangeiros. 193 — O problema do reconhecimento das sentenças estrangeiras perante as associações científicas e nos tratados plurilaterais. 194 — Apreciação crítica dos sistemas seguidos no direito positivo acerca do reconhecimento das sentenças estrangeiras. 195 — Sistema adoptado pelo direito português. Orientação geral. 196 — Desenvolvimento do sistema. A) RÉGIME GERAL. I — *Sentenças estrangeiras susceptíveis de confirmação*. Análise do problema quanto à matéria da decisão, quanto à natureza do tribunal e quanto ao carácter da decisão. 197 — II — *Sentenças sujeitas a revisão e confirmação*. Nacionalidade das partes. 198 — Nacionalidade do tribunal. 199 — Natureza do tribunal. Sentenças arbitrais. 200 — Efeito da sentença: a sentença como título executível, como caso julgado e como documento. 201 — Objecto da decisão: sentenças relativas ao estado e capacidade das pessoas, sentenças relativas à falência e sentenças relativas a uma qualidade das pessoas. 202 — Natureza contenciosa ou graciosa da jurisdição. 203 — III — *Condições de confirmação das sentenças estrangeiras*. Autenticidade e inteligibilidade da sentença. 204 — Trânsito em julgado. 205 — Competência do tribunal estrangeiro. 206 — Regularidade da citação e verificação legal da revelia. 207 — Conformidade com as leis de ordem pública internacional. 208 — Verificação da aplicação da lei portuguesa competente quando a sentença seja proferida contra um cidadão português. 209 — Dever imposto às Relações de conhecerem *ex officio* das condições de confirmação das sentenças estrangeiras. 210 — IV — *Competência e processo*. Critérios de determinação do tribunal competente para rever e confirmar as sentenças estrangeiras. Forma do processo. 211 — B) RÉGIME ESPECIAL. Leis internas. 212 — Tratados vigentes entre Portugal e as potências. 213 — Relações entre os tratados e o direito comum.

191 — Um direito pode ser ou *simplesmente adquirido* em país estrangeiro, por em país estrangeiro se verificar o *facto* voluntário ou extravoluntário de que resulta a sua aquisição, ou *declarado por sentença* em país estrangeiro, quando, tendo sido objecto de controvérsia perante um tribunal estrangeiro, sobre ele recaiu uma decisão judicial.

A sentença declarativa de um direito tem, por toda a parte, o duplo valor de atribuir à decisão judicial a presunção de verdade — *res judicata pro veritate habetur*, produzindo o efeito denominado *autoridade do caso julgado*, e de atribuir ao vencedor do pleito o poder de dar *execução* ao direito que lhe foi reconhecido, isto é, de tornar efectivo esse direito pela realização do interesse que constitui o seu conteúdo, como a execução

denominado *autoridade do caso julgado*, e de atribuir ao vencedor do pleito o poder de dar *execução* ao direito que lhe foi reconhecido, isto é, de tornar efectivo esse direito pela realização do interesse que constitui o seu conteúdo, como a execução

forçada, o registo predial ou comercial, um averbamento no registo civil, etc. Da sentença resulta, pois, para o interessado em favor de quem foi proferida, o *direito de exigir o reconhecimento da verdade jurídica da decisão e o direito de executar a decisão da mesma sentença*.

Estes efeitos da sentença limitar-se-hão, porém, ao país em que foi proferida, ou deverão ser reconhecidos também nos outros países?

No estado presente da evolução do direito internacional, não pode dizer-se que exista já um princípio de direito positivo que obrigue os Estados a reconhecer o valor e eficácia das sentenças estrangeiras.

Nem o costume internacional ou um tratado geral lhe atribuem esse valor, nem o reconhecimento das sentenças estrangeiras se pode considerar compreendido no princípio geral do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos em país estrangeiro. É certo, como nota Pillet⁽¹⁾, que, no fundo de um julgamento, pode haver um direito adquirido que o seu titular pretende exercer, sendo exactamente para chegar ao exercício desse direito adquirido que ele foi pedir a declaração da autoridade judiciária. Há, contudo, nos julgamentos alguma coisa mais que um simples direito adquirido. Há uma decisão da autoridade judiciária e parece evidente que não pode alargar-se às decisões judiciárias estrangeiras a regra de direito que impõe aos Estados a obrigação de reconhecer os direitos regularmente adquiridos em país estrangeiro. Seria para isso necessária uma regra de direito especial e, no momento actual, essa regra de direito não existe.

É, porém, de notar que a análise do direito positivo dos povos civilizados, no que respeita ao valor atribuído às sentenças estrangeiras, revela a tendência para aceitar a decisão contida nessas sentenças, embora mediante a prática de formalidades destinadas a salvaguardar certas exigências da autonomia do Estado local, e, por isso, é legítimo prever que, num futuro mais ou menos próximo, se estabeleça o acordo geral dos Estados no sentido de tornar aquela tendência um preceito de direito internacional.

A mesma previsão é apoiada tanto pelo interesse que o problema da execução das sentenças estrangeiras tem merecido às associações científicas que promovem os progressos do direito internacional, como pela iniciativa dos governos no sentido de lhe dar uma solução, já promovendo conferências internacionais para o estudar, já concluindo tratados para regular o assunto.

(1) Pillet, *Règles générales sur l'autorité et l'exécution des jugements étrangers*, relatório apresentado ao Instituto de direito internacional, na sessão de Oxford de 1913 (*Revue Darras — de Lapradelle*, 1915, pág. 918).

192 — Dada a liberdade que os Estados ainda têm para medirem como bem entenderem o valor das sentenças estrangeiras, resulta que esta medida varia de legislação para legislação.

Apesar, porém, da variedade das legislações, não só estas se podem agrupar e reduzir a alguns sistemas definidos, mas pode ver-se através da sua diversidade a tendência para a aceitação do princípio geral do reconhecimento do valor e eficácia das sentenças estrangeiras.

I — *Sistemas*. Agrupando as legislações segundo o grau de valor atribuído às sentenças estrangeiras, verifica-se que as mesmas legislações seguem cinco sistemas fundamentais: a) sistema da não exequibilidade das sentenças estrangeiras; b) sistema da sentença-prova; c) sistema da revisão de mérito; d) sistema da delibação; e) sistema da reciprocidade.

a) O primeiro sistema é caracterizado pelo não reconhecimento às sentenças estrangeiras nem da autoridade de caso julgado nem da força executiva.

Era o sistema por toda a parte adoptado até meados do século XVII, época em que começaram a celebrar-se tratados para o efeito de dar execução às sentenças estrangeiras, e é ainda o sistema seguido no Haiti, na Holanda e na Suécia (1).

Importa, contudo, observar que: o código de processo civil do Haiti (art. 470.º) prevê a possibilidade de, em leis políticas ou em tratados, ser reconhecida a exequibilidade das sentenças estrangeiras; o código comercial holandês (art. 567.º) admite o reconhecimento, mediante *exequatur*, das sentenças estrangeiras relativas à salvação de navios ou da sua carga e a avarias; e a lei sueca de 8 de julho de 1904, que tornou executória a convenção da Haia de 1902 relativa ao divórcio e à separação de pessoas, reconheceu a exequibilidade das sentenças estrangeiras de divórcio ou de separação.

É assim certo que o primeiro sistema não só está reduzido a um pequeno número de Estados, mas, mesmo onde existe, se apresenta com uma certa instabilidade, sendo visível a tendência para a sua substituição por um sistema de reconhecimento da exequibilidade das sentenças estrangeiras.

b) A medida que as relações internacionais foram aumentando, assim como se foi admitindo o reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras, assim também o direito dos povos civilizados foi evoluindo no sentido de dar valor às sentenças estrangeiras.

Esta evolução manifestou-se em duas tendências, na aparência distintas, mas traduzindo no fundo um pensamento semelhante.

A primeira tendência revelou-se frisantemente no direito anglo-saxão e conduziu à constituição do que acima chamámos o sistema da *sentença-prova*. Consiste o sistema em dar às sentenças estrangeiras o valor de prova do direito nelas declarado, para o efeito de poderem servir de base a uma nova acção destinada a verificar o mesmo direito. Tais sentenças não são reconhecidas como tais, nem são confirmadas num processo de *exequatur*, mas constituem *presunção* da existência do direito que definiram, *presunção* que, no direito inglês, começando por ser *tantum juris*, se converteu em *presunção juris et de jure*. Além da Inglaterra e dos Estados Unidos, é o sistema seguido na Dinamarca e no Perú. Neste sistema, tal como é praticado nos três primeiros países, se não se admite a execução directa da sentença estrangeira e se exige uma nova acção, a sentença não é *reexaminada* quanto ao seu mérito e constitui prova suficiente do pedido, desde que tenha sido proferida por um tribunal competente, seja definitiva, não seja contrária às leis de ordem pública, não resulte de fraude (Estados Unidos e Inglaterra) e não seja manifestamente injusta (Inglaterra) (1).

c) A segunda tendência da evolução jurídica no sentido de admitir o valor das sentenças estrangeiras dominou a maior parte das legislações e definiu-se no conceito do reconhecimento da própria sentença estrangeira e da sua exequibilidade, independentemente da propositura de uma nova acção e apenas mediante um processo de *exequatur*, isto é, um processo de confirmação da mesma sentença.

As legislações que obedeceram a esta tendência ainda oferecem três variantes características, que constituem os três sistemas da revisão de mérito, da delibação e da reciprocidade. Analisemos ligeiramente cada um destes sistemas.

O sistema da revisão de mérito consiste em reconhecer o valor e a eficácia das sentenças estrangeiras depois de confirmadas por um tribunal local, num processo de *exequatur*, em que este tribunal *revê* a decisão do tribunal estrangeiro, verificando se a questão foi bem decidida, pelo novo exame do fundo da causa tanto de facto como de direito. Neste sistema, há verdadeiramente um *novo julgamento* da causa, e portanto uma *instância de exequatur*.

É o sistema seguido na Bélgica, em face do artigo 2123.º do código civil, do artigo 546.º do código de processo civil e da lei de 25 de março de 1876; o sistema preponderante na jurisprudência francesa, em face do artigo 2123.º do código civil e 546.º do código de processo civil; o sistema adoptado

(1) Dr. Marnoco e Souza, ob. cit., pág. 66; Weiss, *Traité*, VI, pág. 187, 199 e 209; Rolin, *Revue Darras — de Lapradelle*, 1912, pág. 317.

(1) Vide Dr. Marnoco e Souza, ob. cit., pág. 69; Weiss, ob. cit., pág. 182 e 183; Rolin, *Revue cit.*, pág. 517 e 520; Westlake, *Droit international privé*, tradução de Goulé, pág. 469; Dicey, *Conflict of laws*, pág. 393 e seg.; *Cyclopedia of law and procedure*, vol. XXIII, pág. 1602 e seg.

na Grécia pelo artigo 859.º do código de processo civil, quando alguma das partes for um reinícola; o sistema praticado no Luxemburgo, onde vigoram os códigos civil e de processo civil franceses; o sistema consagrado na Argentina pelos artigos 558.º a 562.º do código de processo em matéria civil e comercial, onde se estabelece que, na falta de tratado, pode ser autorizada a execução das sentenças estrangeiras proferidas em matéria pessoal se, entre outras condições, a obrigação que der origem ao litígio for lícita e válida segundo as leis argentinas, o que conduz naturalmente a um exame do fundo da questão; finalmente, o sistema estabelecido pelo decreto italiano, de 20 de julho de 1919, para as sentenças proferidas à revelia ou para as sentenças resultantes de dolo, de documentos falsos, do desconhecimento de um documento novo decisivo, ou de um erro de facto que resulte dos termos e documentos da causa, quando a parte interessada requeira a revisão de mérito.

O sistema da revisão de mérito é um sistema rigorista, mas já atribui às sentenças estrangeiras o valor de evitar um novo pleito.

d) O sistema da revisão de mérito conduz a um novo julgamento da causa e assento evidentemente num princípio de desconfiança a respeito da decisão do tribunal estrangeiro.

Por esse motivo, algumas legislações, a começar pelo código de processo civil italiano de 25 de junho de 1865, considerando exagerado o rigor do sistema, deram mais um passo no caminho do reconhecimento das sentenças estrangeiras e consagraram o chamado *sistema da delibação*, o qual foi, pelo que respeita às leis internas, pela primeira vez formulado pelo artigo 941.º daquele código, assim redigido: «A força executiva das sentenças das autoridades judiciárias estrangeiras é dada pelo tribunal de apelação em cuja jurisdição devam ser executadas, mediante um juízo prévio de delibação em que o tribunal examinará: 1.º se a sentença foi proferida por uma autoridade estrangeira competente; 2.º se foi proferida tendo as partes sido legalmente citadas; 3.º se as partes estiveram legalmente representadas ou foram legalmente reveis; 4.º e se a sentença contém disposições contrárias à ordem pública ou ao direito público do reino (1)». É evidente que, segundo este

(1) O primitivo artigo 941.º do código de processo civil italiano foi substituído pelo decreto n.º 1272, de 20 de julho de 1919, nos termos seguintes: «Artigo 1.º O artigo 941.º do código de processo civil é modificado como segue:

§ 1.º A força executiva às sentenças das autoridades judiciárias de qualquer Estado estrangeiro é dada pelo tribunal de apelação do reino ou das colónias em cuja jurisdição devam ser executadas, depois de o tribunal, mediante um juízo de delibação, ter reconhecido: 1.º que a sentença foi proferida por uma autoridade judiciária competente para conhecer da causa segundo os princípios gerais do direito internacional, tendo particularmente em consideração (con riguardo particulare) as disposições do

sistema, o tribunal não pode entrar na apreciação do mérito da sentença, devendo limitar-se a verificar a regularidade internacional da mesma sentença.

O sistema do código italiano foi adoptado pelas legislações do Cantão de Basilea (1), Equador (2), república de S. Marino (3) e Brasil (4), foi seguido no tratado franco-suíço de 15 de junho de 1869 (art. 17.º) e no tratado franco-belga de 8 de julho de 1899 e tem sido sancionado, como veremos em breve, por quasi todos os tratados plurilaterais que têm regulado a execução das sentenças estrangeiras (5).

e) A par com os sistemas puros da revisão de mérito e da delibação, aparece, dentro da tendência para reconhecer a

título preliminar do Código civil quando se trate de sentenças proferidas contra um cidadão italiano; 2.º que a autoridade judiciária era competente para decidir a controvérsia segundo a legislação do lugar em que foi proferida a sentença; 3.º que a citação foi notificada em conformidade da lei do lugar onde foi proposta a acção e que nela foi estabelecido um prazo para comparecer, suficiente em relação às distâncias e outras circunstâncias especiais; 4.º que as partes compareceram legalmente em juízo, segundo a lei do lugar, ou que a revelia dos que não compareceram foi verificada e declarada válidamente em harmonia com a mesma lei; 5.º que a sentença se tornou irrevogável e tem actualmente plena força executiva segundo a legislação do lugar onde foi proferida; 6.º que não é contrária a outra sentença proferida por uma autoridade judiciária italiana, numa acção com o mesmo objecto e entre as mesmas partes, ao tempo em que foi notificado o pedido para a execução; 7.º que não se encontrava pendente, perante uma autoridade judiciária italiana, uma acção com o mesmo objecto e entre as mesmas partes ao tempo em que foi notificado o pedido de execução.

§ 2.º A instâncias da parte citada, o tribunal de apelação procederá ao reexame de *meritis* da controvérsia, quando a sentença tiver sido proferida à revelia dessa parte, ou quando ela faça valer um dos motivos indicados nos n.ºs 1.º a 4.º do artigo 494.º (sentenças resultantes de dolo, de documentos falsos, do desconhecimento de um documento novo decisivo, ou de um erro de facto que resulte dos actos e documentos da causa). Nestes casos, o Tribunal, segundo os resultados da instrução e da discussão, decide de *meritis* ou concede a força executiva à sentença estrangeira.

§ 3.º Se o réu, já revel perante a autoridade judiciária estrangeira, não comparecer perante o tribunal de apelação, e a citação não lhe tiver sido notificada na própria pessoa, a força executiva da sentença não pode ser concedida.

Não pode ser dada força executiva a uma sentença estrangeira que contenha disposições contrárias à ordem pública ou ao direito público interno do reino.

§ 4.º As disposições precedentes são applicáveis às sentenças proferidas por árbitros no estrangeiro entre estrangeiros ou entre um cidadão e um estrangeiro, sob a condição de que tais sentenças tenham, segundo a lei do lugar, o valor e a efficácia das sentenças da autoridade judiciária e se demonstrar o concurso dos requisitos estabelecidos para estas sentenças no § 1.º, n.º 5.º.

O novo preceito, embora continue a falar em delibação, é um mixto de delibação e de revisão de mérito.

(1) Código civil de 1876, nessa parte em vigor.

(2) Lei de 14 de novembro de 1904 (Weiss, ob. cit., pág. 179).

(3) Weiss, ob. cit., pág. 208.

(4) Lei n.º 221 de 20 de novembro de 1894, art. 12.º § 4.º.

(5) Infra, n.º 193.

sentença estrangeira como tal, o sistema que associa a exigência da revisão de mérito ou da revisão formal com a condição da reciprocidade, e que costuma chamar-se *sistema da reciprocidade*.

Este sistema tem lugar quando um Estado admite a executibilidade das sentenças proferidas em país estrangeiro no caso de também neste país as suas sentenças serem executíveis.

Seguem o sistema da reciprocidade a Alemanha, a Áustria, a Bulgária, a Espanha, a Hungria, o protectorado francês de Marrocos, o Mónaco, o Montenegro, a Ruménia, a Rússia e a Sérvia (1).

A reciprocidade exigida pode ser apenas legislativa ou de facto, como acontece na Alemanha e na Espanha, ou ser diplomática, como era na Rússia antes da conflagração europeia de 1914 a 1918, e ainda é, segundo cremos.

Dentro do sistema da reciprocidade, além destas variantes acerca do meio de estabelecer a reciprocidade, ainda se encontram duas modalidades a respeito dos poderes do tribunal que concede o *exequatur*. Com efeito, esses poderes ou se medem pelos poderes do tribunal do país de cuja sentença se trata, devendo o tribunal do *exequatur* fazer a revisão de mérito, se no país do tribunal sentenciador for seguido o sistema da revisão de mérito, o que se verifica no direito espanhol, ou se limitam sempre a uma *revisão de forma*, para verificar a *regularidade internacional* da sentença, que é o sistema geral. Esta segunda modalidade exige, pois, a reciprocidade, mas desconhece a revisão de mérito (2).

II — *Tendência*. A rápida referência comparativa que acabamos de fazer das legislações sobre o reconhecimento do valor e eficácia das sentenças estrangeiras autoriza-nos a formular duas conclusões: a) é insignificante o número de Estados que recusam qualquer valor às sentenças estrangeiras e, mesmo nesses Estados, as leis supõem possíveis ou estabelecem atenuações, deixando prever a integração dos mesmos Estados na corrente geral do reconhecimento das sentenças estrangeiras; b) quanto aos Estados que admitem o reconhecimento do valor e eficácia das sentenças estrangeiras, já prepondera o número daquelles que se contentam com uma revisão formal dessas sentenças e dispensam a revisão de mérito, pois a maioria é constituída, indubitavelmente, pelos Estados que seguem o sistema da delibação puro, o sistema da reciprocidade com revisão formal ou o sistema da sentença prova, quando este sistema se aproxima

do sistema da delibação, como acontece na Inglaterra, nos Estados Unidos e na Dinamarca.

Parece, pois, certa a tendência para a aceitação do principio do reconhecimento do valor e eficácia das sentenças estrangeiras mediante simples revisão formal.

193 — O problema do reconhecimento das sentenças estrangeiras tem merecido a atenção tanto das associações que promovem os progressos do direito internacional como dos governos, no sentido ou de definir as bases da sua solução ou de estabelecer, mediante tratados plurilaterais, preceitos reguladores do efeito das mesmas sentenças.

Como trabalho colectivo das associações científicas, importa referir, em primeiro lugar, as resoluções do Instituto de direito internacional, na sessão de Paris de 1878. Nesta sessão resolveu o Instituto que o *exequatur* deve ser concedido, sem revisão de fundo, embora sob a condição de a sentença ser executória no país em que foi proferida, haver sido proferida por um tribunal competente e de a sua execução não envolver a prática de actos contrários à ordem pública ou proibidos pelas leis do Estado em que o *exequatur* for requerido (1). O Instituto decidiu-se assim, claramente, pelo sistema da delibação.

E' certo que, na sessão de Oxford de 1913, o Professor Pillet apresentou um interessante relatório, a que por mais de uma vez teremos de referir-nos, no qual tornava a concessão do *exequatur* dependente, não só de condições de regularidade formal, mas também da revisão de mérito nos casos de erro grosseiro ou de dolo (2). O relatório não foi, porém, discutido e, por isso, o Instituto ainda não modificou a sua primeira doutrina.

Depois do Instituto, occupou-se do problema a Associação de reforma e codificação do direito internacional, na sessão de Milão de 1883. Segundo as conclusões aí votadas, a concessão do *exequatur* deve depender — da competência do tribunal sentenciador, de as partes haverem sido regularmente citadas, de se haver verificado legalmente a revelia quando o réu não compareça, de a decisão não conter nada contrário à moral, à ordem pública ou ao direito público do Estado onde se pretende a execução, e de a sentença ser executória no país onde foi proferida, não devendo o juiz do *exequatur* examinar o fundo da questão, mas limitar-se a verificar a existência das condições mencionadas (3).

Ao lado dos trabalhos do Instituto e da Associação, deve mencionar-se o notável relatório apresentado por Albert Rolin

(1) Weiss, ob. cit., pág. 146, 154, 170, 180, 196, 203 e 206; Rolin-Bevue cit., pág. 518; dahir marroquino de 12 de agosto de 1915.

(2) Vide: Dr. Marnoco e Sousa, ob. cit., pág. 77; Weiss, ob. cit., pág. 147, 154, 160, 170, 180, 203 e 206; Rolin, Revue cit., pág. 518.

(1) *Annuaire*, III, pág. 86.

(2) Vide *Revue de droit international privé*, 1913, pág. 913 e seg.

(3) *Clunet*, 1883, pág. 564.

à *Federação nacional das associações comerciais e industriais da Bélgica* sobre a execução das sentenças estrangeiras. Nesse trabalho, Rolin passa em revista e critica os diferentes sistemas legislativos e pronuncia-se afinal pela celebração de tratados bilaterais baseados nos princípios da reciprocidade e da delibação. Fora, contudo, dos tratados, é partidário da revisão de mérito, achando perigoso o sistema da delibação.

A par com a iniciativa das associações científicas, importa indicar a acção dos Governos, já nas *tentativas* feitas, já nos *resultados* obtidos.

Como *tentativas*, apenas recordaremos o que dissemos noutra lugar ⁽¹⁾ acêrca da iniciativa do Governo holandês no sentido de reunir uma conferência diplomática destinada a elaborar os princípios da regulamentação uniforme da competência judiciária, da *execução internacional das sentenças* e, de um modo geral, da resolução dos conflitos de leis, e da iniciativa do Governo italiano no sentido de reunir uma *conferência diplomática especial* para estabelecer regras uniformes sobre a *execução das sentenças estrangeiras*.

Como *resultados*, indicaremos os tratados que provieram do congresso de Lima, do congresso de Montevideo, da conferência dos caminhos de ferro de 1890 e das conferências da Haia.

O primeiro tratado plurilateral que regulou o assunto foi o tratado de Lima de 9 de novembro de 1878, segundo o qual (art. 42.º) o *exequatur* deve ser concedido às sentenças proferidas nos Estados signatários, se não estiverem em opposição com a jurisdição nacional, se a parte tiver sido legalmente citada, se a sentença for exequível no país onde foi proferida e se não for incompatível com a constituição política, com as leis de ordem pública e com os bons costumes.

O tratado de Lima não chegou, porém, a ser executado e veio substituí-lo, nesta parte, o tratado de Montevideo, sobre processo civil, de 11 de janeiro de 1889, cujo artigo 5.º formula este preceito, digno de ser estudado: «As sentenças e laudos arbitrais proferidos sobre assuntos civis e comerciais em um dos Estados signatários terão, no território dos outros, a mesma força que no país em que forem pronunciados, se reunirem os seguintes requisitos: a) que a sentença ou laudo tenham sido proferidos por um tribunal competente na ordem internacional; b) que tenham passado em julgado ou sejam executórios no Estado em que forem proferidos; c) que a parte condenada tenha sido legalmente citada ou declarada revel segundo a lei do país em que tiver seguido o juízo; d) que não se oponham às leis de ordem pública do país da sua execução».

Na Europa ainda não foi concluído qualquer tratado plurila-

teral geral sobre a execução de sentenças, mas já tem sido regulada a execução de *certas sentenças* em tratados plurilaterais que regulam determinadas matérias de direito civil ou comercial. Pertencem a esse número: a convenção de Berne de 14 de outubro de 1890, que criou a união internacional dos caminhos de ferro e cujo artigo 56.º declara executórias as sentenças proferidas nas acções previstas na convenção, nas condições e segundo a forma da legislação do Estado onde se pretender executá-las, mas sem revisão do fundo da questão; a convenção da Haia, de 12 de junho de 1902, sobre a resolução dos conflitos de leis em matéria de divórcio e de separação de pessoas, cujo artigo 7.º declara que serão reconhecidos em toda a parte o divórcio e a separação de pessoas sob a condição de haverem sido decretados por um tribunal competente, de se terem observado as cláusulas da convenção, de, no caso de revelia, o réu haver sido citado em conformidade da lei do seu país quanto ao reconhecimento dos julgados estrangeiros, e de, no caso de o divórcio ou a separação haverem sido decretados por uma autoridade administrativa, a lei nacional de cada um dos cônjuges reconhecer essa forma de decretar o divórcio ou a separação; a convenção da Haia de 17 de julho de 1905 sobre a resolução dos conflitos de leis e de jurisdições em matéria de interdição e medidas de protecção análogas, cujo artigo 9.º determina que a interdição decretada pelas autoridades competentes produz os seus efeitos independentemente de *exequatur*, relativamente à capacidade e à tutela do interdito, e cujo artigo 11.º dispõe que as decisões que levantarem a interdição produzirão de pleno direito os seus efeitos em todos os Estados contratantes independentemente de *exequatur*; e a convenção da Haia de 17 de julho de 1905 sobre algumas matérias de processo civil, cujo artigo 19.º determina que as sentenças de condenação em custas e despesas de processos serão declaradas executórias, se, segundo a lei do país onde forem proferidas, revestirem as necessárias condições de autenticidade, se tiverem passado em julgado, e se o preceito da sentença estiver redigido na língua indicada na convenção.

É evidente que a convenção dos caminhos de ferro e a convenção da Haia sobre processo civil adoptam o sistema da delibação e que a convenção da interdição ainda vai mais longe, pois dispensa o *exequatur*.

A convenção do divórcio, porém, emquanto autoriza a verificar se se cumpriram as cláusulas da convenção, permite, em certo modo, a revisão de mérito, pois, para o tribunal verificar o cumprimento daquelas cláusulas, tem de conhecer do fundo da questão, embora não julgue de novo o pleito nem, portanto, possa apreciar as provas dos factos alegados, e, nessa parte, o sistema da convenção se afaste do sistema puro da revisão de mérito.

Não obstante este desvio da convenção de 1902, parece

(1) Supra, pag. 66 e 67.

certa a tendência do direito convencional para reconhecer a exequibilidade das sentenças estrangeiras e para a consagração do sistema da delibação, quando se julgue necessário o *exequatur*, para que as mesmas sentenças produzam os seus efeitos.

194 — Do que fica dito, resulta que tende a preponderar, tanto nas leis internas como nos tratados, o sistema da delibação ou um sistema semelhante. Será, com efeito, o sistema da delibação ou, talvez melhor, um sistema de simples revisão formal, aquele que tem por si a razão jurídica?

O sistema do completo desconhecimento das sentenças estrangeiras deve considerar-se uma *sobrevivência* de um período histórico que a civilização jurídica dos povos já ultrapassou. Com efeito, semelhante sistema assenta no conceito do isolamento das jurisdições dos diferentes Estados, quando é certo que tal conceito é incompatível com o princípio do mútuo reconhecimento dos Estados.

Se os Estados se reconhecem mutuamente, êsse reconhecimento deve concretizar-se, designadamente, no respeito das suas leis e das suas jurisdições.

Quanto às leis, é já indiscutível que cada relação jurídica deve ser regulada pela lei que mais se harmonize com a sua natureza ou que melhor preencha o fim social que o legislador teve em vista ao estabelecer o regime da mesma relação jurídica, independentemente de tal lei ser nacional ou estrangeira. Ora de modo semelhante deve pensar-se a respeito das jurisdições de cada Estado. Assim como tem leis próprias, tem cada Estado as suas jurisdições, e assim como há uma *teoria da competência das leis* que fixa a lei competente para regular as relações jurídicas que revestem carácter internacional, de modo que cada relação jurídica se *localiza* na esfera de competência da lei dum determinado Estado, assim deve haver uma *teoria da competência das jurisdições*, que fixe a jurisdição competente para decidir as questões que se suscitem entre as pessoas, singulares ou colectivas, sobre a legitimidade dos seus direitos. E, uma vez fixada a competência da jurisdição de um Estado para decidir uma causa em harmonia com os critérios determinativos da competência internacional das jurisdições, deve ser respeitada pelos outros Estados essa decisão, do mesmo modo que, fixada a competência da lei de um Estado para regular a relação jurídica, deve essa lei ser aplicada pelos tribunais dos outros Estados.

Dada a verdade destas considerações, vem a conclusão de que o sistema que desconhece de modo absoluto as sentenças estrangeiras está fora dos conceitos em que hoje assenta o direito internacional público e o direito internacional privado.

Dos quatro sistemas restantes, há dois que a crítica jurídica não pode facilmente aceitar. São o sistema da sentença-prova e o sistema da reciprocidade.

Em face do que deixamos dito acêrca do fundamento jurídico do reconhecimento das sentenças estrangeiras, só pode ser legítimo um sistema que considere a sentença estrangeira como uma *decisão*. Em verdade, as sentenças estrangeiras devem ser reconhecidas como actos de jurisdição, e as jurisdições não se limitam a organizar *provas*, proferem *decisões*.

É justo, porém, observar que o sistema da sentença-prova tende a transformar-se num sistema de sentença-decisão, pois é certamente semelhante a um processo de *exequatur* a acção em que a única prova é uma sentença estrangeira, a qual não é examinada no seu mérito, limitando-se o tribunal a verificar a sua regularidade formal e internacional, como acontece na última fase do direito inglês. A sentença que julga a acção procedente não passa afinal da confirmação da sentença estrangeira.

O sistema da reciprocidade enferma de dois defeitos que lhe tiram todo o valor jurídico.

O primeiro é que êle se funda numa razão de cortesia ou numa razão de interesse, e não numa razão de justiça. Ora é bem de ver que é a razão jurídica, e não a simples conveniência ou deferência dos Estados, que exige o reconhecimento das sentenças estrangeiras, as quais devem ser respeitadas porque foram proferidas pela jurisdição para isso competente.

O segundo é a petição de princípio que afecta o sistema da reciprocidade legislativa. Se um Estado só reconhecer as sentenças estrangeiras quando os outros reconheçam as suas, ou algum há de reconhecê-las sem reciprocidade, ou elas nunca serão reconhecidas. No primeiro caso, põe-se de parte o sistema; no segundo, cai-se no sistema retrógrado do não reconhecimento das sentenças estrangeiras.

O princípio da reciprocidade pode, porém, ter a vantagem de obrigar os Estados a reconhecer as sentenças estrangeiras, para que as suas sentenças sejam reconhecidas e de provocar a celebração de tratados tendentes ao mútuo reconhecimento das sentenças estrangeiras.

Em todo o caso, o princípio da reciprocidade não poderá justificar-se senão como um expediente prático para provocar a celebração de tratados ou como um meio de transição entre o sistema do não reconhecimento das sentenças estrangeiras e um sistema de reconhecimento sem a condição de reciprocidade.

Os sistemas da revisão de mérito e da delibação satisfazem ambos a condição geral de considerar a sentença estrangeira como uma decisão. Contudo, o sistema da revisão de mérito, com o seu exame do fundo da questão tanto de facto como de direito, não respeita como boa a decisão e substitui-lhe afinal uma nova decisão, como que reduzindo o tribunal estrangeiro a uma instância inferior, em vez de o considerar como um julgador definitivo. Está nisso o seu defeito fundamental. A sentença estrangeira deve ser considerada como uma decisão definitiva que se confirma ou não, mas cujo mérito não deve

ser discutido, aliás contraria-se o princípio da distribuição internacional das jurisdições como base do reconhecimento das sentenças estrangeiras.

O único sistema lógico é o sistema da delibação, enquanto reconhece a decisão do tribunal estrangeiro e limita os poderes do tribunal do *exequatur* a um exame formal, para verificar se se trata de uma sentença regular e definitiva, revestida de autenticidade, proferida por tribunal competente e não contrária às leis locais de interesse e ordem pública. Com efeito, em face do respeito devido às jurisdições internacionalmente competentes para decidir as questões entre particulares, o tribunal do *exequatur* não deve apreciar o mérito da decisão. Contudo, para confirmar uma sentença estrangeira, é preciso que o tribunal se convença de que tem diante de si uma sentença verdadeira; uma sentença proferida em processo regular, em que o réu foi legalmente citado ou legalmente revel, isto é, pôsto em condições de conhecer a pretensão do autor e de se defender, uma sentença proferida por um tribunal competente, para verificar se a sentença deve ser reconhecida em nome do princípio do respeito devido às decisões das jurisdições internacionalmente competentes para decidirem as causas entre particulares, e finalmente uma sentença que não contenha decisões contrárias às leis locais de interesse e ordem pública, as quais constituem naturalmente um limite ao reconhecimento das sentenças estrangeiras, do mesmo modo que limitam a aplicação das leis normalmente competentes para regular as relações jurídicas.

195—Nos textos do antigo direito português não havia referência alguma à execução das sentenças estrangeiras.

A doutrina dos praxistas e a jurisprudência eram, porém, no sentido de que tais sentenças não podiam executar-se no reino. Assim o ensinava, por exemplo, Alexandre Caetano Gomes, no *Tractatus de executionibus*, onde escreve (1): «Advirta-se que nas cartas precatórias que vêm de outros reinos para fazer execução na pessoa ou bens da parte contra quem são passadas, não lhes ponha o juiz *cumpra-se*, como incompetentes e sem jurisdição» (2).

Este estado do nosso direito foi modificado pela reforma judiciária de 13 de janeiro de 1837, cujo artigo 216.º dispunha: «As sentenças extraídas de processos julgados pelos tribunais estrangeiros não serão exequíveis sem que os ditos processos sejam revistos e confirmados por alguma das Relações destes reinos, com audiência das partes interessadas e assistência do ministério público, excepto quando as mesmas partes concor-

darem legalmente na sua execução, reduzindo-se o acôrdo a termo, e julgado-se por sentença no julgo da execução, e salvo também o que se achar determinado pelos tratados».

Os preceitos da reforma de 1837 passaram para os artigos 44.º, n.º 5.º, e 567.º da novíssima reforma judiciária de 1841; com a diferença importante, porém, de que a reforma de 1841 mandava rever e confirmar as sentenças e não os processos donde elas fossem extraídas.

Depois da novíssima reforma judiciária, foi o assunto regulado pelo Código civil, que, no artigo 51.º, dispôs que as sentenças proferidas nos tribunais estrangeiros sobre direitos civis podem ser executadas perante os tribunais portugueses nos termos prescritos no Código de processo, e por este último Código, que se refere ao assunto nos artigos 21.º, § 4.º, n.º 2.º (fixa o lugar da execução das sentenças de tribunais estrangeiros), 39.º, n.º 6.º (confere competência às Relações para rever e confirmar as sentenças proferidas por tribunais estrangeiros), 805.º (exige a revisão e confirmação das sentenças estrangeiras para que estas possam ser executadas) e 1087.º e seguintes (regulam *ex professo* a revisão das sentenças estrangeiras).

O direito português actual admite, pois, a exequibilidade das sentenças proferidas pelos tribunais estrangeiros. Qual será, porém, o sistema do nosso direito?

O sistema tem de inferir-se do artigo 1088.º do Código de processo civil, onde estão definidos os direitos das partes e os poderes do tribunal de revisão, que é alguma das Relações, e cujo texto diz:

«Apresentada e distribuída a sentença, o relator mandará citar a parte para, em oito dias a contar da citação, deduzir por embargos a sua opposição, e os embargos poderão ser contestados, em igual prazo, pelo representante da sentença.

§ 1.º Pode servir de fundamento para opposição:

1.º Qualquer dúvida sobre a autenticidade do documento ou intelligência da sentença;

2.º Não ter a sentença passado em julgado;

3.º Ser a sentença proferida por tribunal incompetente;

4.º Não terem as partes sido devidamente citadas, ou não se ter legalmente verificado a revelia quando deixassem de comparecer;

5.º Conter a sentença decisões contrárias aos princípios do direito público português ou ofensivas dos princípios de ordem pública;

6.º Ser a sentença proferida contra algum súbdito português em opposição aos princípios de direito civil português, quando por estes devesse ser resolvida a questão.

§ 2.º Neste processo não é admissível produção de provas sobre o fundo da questão».

Não tem sido unânime o parecer dos críticos ao determinar, em face deste texto, o sistema do direito português.

(1) Tomo I, pág. 156 (Edição de Coimbra de 1729).

(2) Vide Dr. Marnoco e Sousa, ob. cit., pág. 106 e seg.

Catellani afirma, sem hesitação, que o código português segue o código italiano, que adoptou indiscutivelmente o sistema da delibação (1).

O Dr. Marnoco e Sousa também afirma, de um modo geral, que o nosso sistema é o sistema da delibação, escrevendo: «A enumeração dos motivos de opposição, análogos aos do código italiano, embora um pouco ampliados, a declaração de que neste processo não é admissível a produção de provas sobre o fundo da questão julgada, mostrando que a justiça da sentença está fora da discussão, a semelhança do processo da revisão com o italiano da delibação, tiravam todas as dúvidas a este respeito, se alguma pudesse haver» (2).

Contudo, referindo-se ao n.º 6.º do § 1.º do artigo 1088.º, acrescenta: «Há, porém, um ponto que desnatura o sistema do código. Quero referir-me ao embargo baseado em a sentença ser proferida contra algum súbdito português, em opposição aos princípios do direito civil português, quando por este devesse ser resolvida a questão, visto que, sob este aspecto, a revisão vem a ser de mérito» (3).

No mesmo sentido é a opinião de Rolin, o qual, no relatório já citado, ao indicar os Estados que seguem o sistema da revisão de mérito, indica Portugal, quanto à hipótese de se tratar de decisões estrangeiras contra súbditos portugueses (4).

De modo que, segundo os dois últimos escritores, o sistema português seria afinal um misto dos dois sistemas da delibação e da revisão de mérito.

¿Qual das duas opiniões será a juridicamente rigorosa?

Não pode haver dúvida nenhuma de que, à parte o preceito do n.º 6.º do § 1.º do artigo 1088.º, o sistema do código português coincide com o primitivo sistema do código italiano e de que, se não fôra tal preceito, o nosso sistema seria um sistema puro de delibação, já que não se admitem provas sobre o fundo da questão, nem qualquer dos cinco primeiros números do referido parágrafo pode conduzir à revisão de mérito.

¿Mas será certo que o mencionado n.º 6.º prejudica a pureza do sistema?

Catellani entende que o preceito de tal número pode considerar-se como um desenvolvimento da tutela da ordem pública (5). E, considerado assim, não se afastaria o nosso sistema do primitivo sistema italiano, pois também neste sistema se exigia que a sentença respeitasse as leis de ordem pública.

(1) Catellani, *Il diritto internazionale privato, e i suoi recenti progressi*, 1.ª ed., vol. III, pág. 877.

(2) Ob. cit., pág. 129.

(3) Ob. cit., pág. 132.

(4) *Revue cit.*, pág. 518.

(5) Ob. cit., pág. 878.

Por seu lado, Pillet, ao formular, no relatório apresentado ao instituto, as suas propostas sobre a execução das sentenças estrangeiras, indica como uma das condições de concessão do *exequatur* que o juiz estrangeiro tenha aplicado a lei competente, segundo o sistema de direito internacional privado do país de execução, mas não considera isso como um acto de revisão de mérito, limitando esta aos casos de erro grosseiro ou de dolo.

Ora é certo que o nosso n.º 6.º apenas autoriza a verificar se foi aplicada a lei competente, e, portanto, para o ilustre professor não poderia considerar-se como um caso de revisão de mérito.

Creemos, porém, que a doutrina mais exacta é do Dr. Marnoco e Sousa e de Rolin. Para dar cumprimento ao n.º 6.º do § 1.º do artigo 1088.º do Código do processo civil, é indispensável examinar o fundo da questão, para saber se a lei portuguesa era ou não aplicável e se, sendo-o, foi ou não aplicada, tendo assim de apreciar-se a justiça da sentença, embora o exame seja só de direito e o tribunal não possa conhecer da prova dos factos alegados pelas partes.

Sendo assim, o sistema português, se bem que fundamentalmente de delibação, não é um sistema puro, mas um sistema atenuado por um caso de revisão de mérito.

196 — Assente que o nosso direito reconhece o princípio da exequibilidade das sentenças estrangeiras, e conhecido, de modo geral, o sistema adoptado pelas nossas leis na regulamentação daquele princípio, importa estudar o sistema no seu desenvolvimento.

No nosso estudo, procuraremos, em primeiro lugar, definir o *regime geral* da exequibilidade das sentenças estrangeiras, e indicar, em segundo lugar, o *regime especial* de certas sentenças, estabelecido quer na lei portuguesa interna, quer em tratados concluídos entre Portugal e as potências.

A) *Regime geral*. Sob esta rubrica, versaremos os seguintes pontos: I — Sentenças susceptíveis de confirmação; II — Sentenças sujeitas a revisão e confirmação; III — Condições de confirmação; IV — Competência e forma de processo para a revisão e confirmação.

I — *Sentenças susceptíveis de confirmação*. A delimitação do âmbito de aplicação do princípio da exequibilidade das sentenças estrangeiras importa a análise das duas questões, cada qual a mais importante, sobre quais sejam as sentenças susceptíveis de confirmação, e sobre quais estejam sujeitas a revisão e confirmação.

Começaremos pelas sentenças susceptíveis de confirmação. Esta susceptibilidade pode referir-se: a) à *matéria da decisão* contida na sentença; b) à *natureza do tribunal* que a proferiu; c) ao *carácter da decisão*.

a) *Matéria da decisão*. O artigo 31.º do Código civil

declara exequíveis as sentenças proferidas nos tribunais estrangeiros sobre *direitos civis*.

Para medir o alcance dêste preceito, é necessário determinar o que *compreende* e o que *exclui* a fórmula *direitos civis*.

Esta fórmula está explicada no artigo 3.º daquele código, onde se lê: «Se os direitos e obrigações se limitam às relações dos cidadãos entre si, como meros particulares, ou entre os cidadãos e o Estado, em questões de propriedade ou de direitos puramente individuais, esses direitos e obrigações constituem a capacidade civil dos cidadãos, denominam-se *direitos e obrigações civis*, e são regidos pelo direito privado contido no Código civil, excepto na parte que é regulada por lei especial».

É evidente que, segundo esta noção legal, a fórmula *direitos civis* equivale à fórmula *direitos privados*, compreendendo, portanto, todos os direitos respeitantes às relações das pessoas singulares ou colectivas, quando consideradas como simples particulares, quer esses direitos sejam reconhecidos pelo Código civil, quer o sejam por lei especial. Sendo assim, também se torna evidente que a fórmula compreende os direitos reconhecidos pela lei comercial, que é uma lei especial de direito privado. Mas, se é tal o sentido da fórmula *direitos civis* no artigo 3.º do Código civil, o mesmo sentido se lhe deve atribuir no artigo 31.º do mesmo código, é por isso é rigorosa a doutrina de que êste último artigo abrange tanto as sentenças civis como as sentenças comerciais.

Ainda outra ordem de considerações conduz à mesma doutrina. A semelhança de natureza do direito civil e do direito comercial — a qual na Suíça se transformou em identidade, sendo o código federal das obrigações, hoje integrado no código civil, a lei reguladora de todas as obrigações, sem distinção entre obrigações civis e comerciais, e, entre nós, explica o facto de o direito civil ser complementar do direito comercial (Cód. com., art. 3.º) e de o processo civil ser complementar do processo comercial (Cód. de proc. comercial, art. 1.º) — constitui certamente uma valiosa razão lógica para submeter as sentenças comerciais ao mesmo regime que as sentenças civis, pois, se o direito civil é complementar do direito comercial, e se o Código de processo civil é complementar do Código de processo comercial, torna-se indiscutível que as disposições do Código civil e do Código de processo civil relativas às sentenças estrangeiras devem aplicar-se às sentenças comerciais proferidas por tribunais estrangeiros.

E é esta a doutrina corrente, seguindo-a os Drs. Dias Ferreira (1), Marnoco e Sousa (2), Chaves e Castro (3), Barbosa

(1) Ob. cit., tom. I, pág. 56.

(2) Ob. cit., pág. 134.

(3) Ob. cit., pág. 698, nota 1.

de Magalhães (1) e Eduardo Carvalho (2), e adoptando-a os tribunais, pois, se a Relação de Lisboa, no acórdão de 8 de agosto de 1884 (3), seguiu a opinião de que as sentenças comerciais estrangeiras não podiam ser revistas e confirmadas, os acórdãos da Relação do Dôro de 26 de abril de 1904 (4) e de 28 de abril de 1911 (5), e o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de novembro de 1912 (6) fixaram a jurisprudência no sentido de que as sentenças comerciais estrangeiras podem e devem ser submetidas a revisão e confirmação para poderem ser executadas em Portugal.

Em face do que fica exposto, concluímos que a fórmula do artigo 31.º do Código civil — *sentenças proferidas nos tribunais estrangeiros sobre direitos civis* — compreende todas as sentenças estrangeiras sobre direitos privados.

E assim, a fórmula compreende, naturalmente, as sentenças estrangeiras relativas ao estado e capacidade das pessoas, aos direitos de crédito, aos direitos reais, às relações de família e às sucessões, supondo que pode haver sentenças proferidas por tribunais estrangeiros respeitantes a direitos reais sobre móveis ou imóveis sítos em Portugal.

Sendo êste o conteúdo da fórmula, ficam de fora do seu alcance todas as sentenças estrangeiras sobre direitos públicos, quer políticos, quer não políticos, e designadamente as *sentenças criminaes*, as quais sancionam o direito público de defesa da colectividade e dos individuos contra os malfeteiros.

Neste ponto, concorda o direito português com o direito de todos os povos civilizados, que desconhece a exequibilidade das sentenças sobre direitos públicos e considera de *carácter territorial* as sentenças penais.

Nas nossas leis não há qualquer indicação a respeito das sentenças estrangeiras sobre direitos públicos em geral, se não a que resulta, por argumento *a contrario*, do artigo 31.º do Código civil, mas há indicações suficientes de que não podem ser executadas as sentenças penais estrangeiras. Resultam dos artigos 35.º, § 4.º, e 53.º, n.º 5.º e § 3.º, do Código penal, o primeiro dos quais dispõe que as sentenças proferidas pelos tribunais estrangeiros não são computadas para o efeito da reincidência, e o segundo determina que o criminoso português que cometeu um delicto em país estrangeiro, aí não foi julgado ou, sendo-o, fugiu ao cumprimento da pena, e for encontrado em Portugal, seja processado e julgado pelos tri-

(1) Código de processo comercial anotado, tom. III, pág. 280.

(2) Ob. cit., pág. 107.

(3) Direito, vol. XVIII, n.º 15, pág. 240.

(4) Revista dos Tribunais, ano 23, n.º 527, pág. 363.

(5) Revista cit., ano 30, n.º 702, pág. 89.

(6) Revista cit., ano 31, n.º 788, pág. 280.

bunais portugueses, o que mostra que estes não podem executar a sentença estrangeira.

b) *Natureza do tribunal.* As sentenças estrangeiras sobre direitos privados podem ser proferidas, quer pelos tribunais de justiça propriamente ditos, quer por tribunais administrativos, quer por tribunais eclesiásticos, quer por tribunais criminais. É assim é que, na Dinamarca, na Noruega e na Suécia, o divórcio pode ser pronunciado ou por *decreto administrativo*, isto é, por decreto real, ou por *decreto judicial* e, na Dinamarca e na Noruega, a separação de pessoas só pode ser pronunciada por decreto administrativo ⁽¹⁾. Por outro lado, os tribunais criminais, ao mesmo tempo que impõem ao criminoso uma pena, como reparação do dano causado à sociedade na ordem moral, podem condená-lo na reparação das perdas e danos que tenha causado à vítima do delito (Cód. civil, art. 2364.º). É evidente que, num caso, a jurisdição administrativa e, no outro, o tribunal criminal profere sentenças sobre direitos privados, pois tanto o direito de pedir o divórcio como o direito de exigir a responsabilidade civil resultante do delito são regulados pela lei civil, entrando, portanto, na categoria dos direitos privados.

Sendo assim, vem naturalmente a questão de saber se a fórmula *tribunais estrangeiros* do artigo 31.º do Código civil e a fórmula *tribunal incompetente* do artigo 1088.º do Código de processo civil apenas compreendem os tribunais judiciais estrangeiros civis ou comerciais, ou abrangem todos os tribunais estrangeiros que profiram sentenças sobre direitos privados.

Entendemos que nas duas fórmulas cabem tanto os tribunais civis ou comerciais, como outras jurisdições que profiram sentenças sobre direitos privados, uma vez que essas jurisdições decidam sob a forma de julgamento, isto é, conhecendo de factos alegados pelos interessados, apreciando-os segundo as provas apresentadas, ouvindo as partes em processo contraditório, decidindo, enfim, não discricionariamente, mas segundo regras de direito e sob a forma geral de uma discussão judicial. Quando assim resolvam, as jurisdições administrativas e os tribunais criminais exercem uma função semelhante à dos tribunais civis e comerciais e proferem sentenças na esfera da sua competência legal, verificando-se o que, em face da nossa lei, parece essencial, e vem a ser que exista uma *sentença* sobre um direito privado, proferida por um *tribunal*, com audiência ou, pelo menos, com citação das partes, pouco importando a natureza da jurisdição que a profere. Com efeito, o Código civil fala apenas em *tribunais estrangeiros* e o Código de processo civil em *tribunal incompetente*, não exigindo que o tri-

bunal seja judicial ou seja civil ou comercial. Desde que a jurisdição administrativa funcione como tribunal e o tribunal criminal profira sentenças sobre um direito civil, a decisão está nos termos de ser revista e confirmada.

Quanto às sentenças de tribunais criminais, na parte em que condenem em perdas e danos, a nossa opinião está em harmonia com a portaria de 20 de junho de 1855, a qual, estabelecendo doutrina acêrca da execução em Portugal das sentenças proferidas pelos tribunais espanhóis, declara susceptíveis de execução as sentenças penais na parte em que condenam o delinquenté na indemnização de perdas e danos.

c) *Carácter da decisão.* Tanto o Código civil como o Código do processo civil falam em *sentenças* proferidas por tribunais estrangeiros, sem acrescentar qualquer elemento que qualifique as sentenças que se têm em vista. Qual, pois, o valor dá palavra *sentença*?

É sabido que, segundo a tecnologia da nossa lei de processo, as *decisões judiciais* formam as três categorias de *despachos*, *sentenças* e *acórdãos*, segundo a função que desempenham na causa, que as sentenças e os acórdãos podem ser *definitivos* ou *interlocutórios*, e que os despachos podem ser simplesmente *interlocutórios* ou *interlocutórios com força de definitivos*.

Abrangerá, pois, a palavra *sentenças* todas estas formas de decisões, ou compreenderá tão somente algumas delas?

O Dr. Chaves e Castro entende que a palavra *sentença* significa o mesmo que a palavra *judgment* do artigo 546.º do código de processo civil francês, que foi a fonte da nossa lei nesta parte, significando *judgamento* ou *decisão judicial* e abrangendo, por isso, todas aquelas formas de decisão ⁽¹⁾.

Consideramos exacta esta doutrina.

Em primeiro lugar, não pode haver dúvida de que a palavra *sentença* compreende tanto os julgados dos tribunais singulares, que são as *sentenças*, no sentido estrito do artigo 100.º do Código de processo civil ⁽²⁾, como os julgados dos tribunais colectivos, que o mesmo artigo chama *acórdãos*. É de primeira evidência. Mas, se é assim, resulta que, tendo o artigo 100.º distinguido as decisões judiciais em despachos, sentenças e acórdãos e empregando-se no artigo 1087.º apenas a palavra *sentenças*, esta palavra está aí tomada no sentido genérico, para poder compreender os acórdãos; e, portanto, também deve compreender os simples despachos, pois, se é genérica para uma coisa, também o deve ser para a outra.

⁽¹⁾ Ob. cit., pág. 699 e 700, e respectivas notas. Conf. Dr. Eduardo Carvalho, ob. cit., pág. 107.

⁽²⁾ É a seguinte a letra do artigo 100.º do Código de processo civil: «Os juizes devem entregar os processos com os seus *despachos*, *sentenças* ou *acórdãos*, nos prazos designados neste Código».

⁽¹⁾ Vide *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 44, n.º 1891, pág. 498.

Em segundo lugar, a palavra *sentença* tanto compreende *decisões definitivas* como decisões interlocutórias, e, por isso, desde que, em matéria de revisão e confirmação de sentenças estrangeiras, a lei a empregou sem qualquer qualificação, deve entender-se que quis compreender uma e outra espécie de decisões.

E esta doutrina latitudinária é certamente a que corresponde ao pensamento do legislador, ao reconhecer o valor das sentenças estrangeiras. Com efeito, o intuito do legislador foi, naturalmente, reconhecer eficácia aos direitos privados judicialmente reconhecidos em país estrangeiro, sempre que o seu titular pretendesse exercê-los em Portugal.

Cremos, assim, que a doutrina rigorosa a estabelecer é que, toda a vez que uma decisão judicial estrangeira defina um direito privado e essa decisão tenha passado em julgado, pode a mesma decisão ser submetida a revisão e confirmação, independentemente da forma que revista — sentença, acórdão ou simples despacho, e seja qual for a sua função na causa em que é proferida — definitiva ou interlocutória.

197 — II — *Sentenças sujeitas a revisão e confirmação.* Averiguado que são susceptíveis de confirmação as sentenças estrangeiras sobre direitos privados, segue-se investigar se todas estas sentenças *estão sujeitas* a revisão e confirmação, para que possam produzir efeitos em Portugal, ou se há sentenças eficazes independentemente de revisão e confirmação.

Sob este ponto de vista, as sentenças estrangeiras devem ser consideradas relativamente: *a)* à nacionalidade das partes; *b)* à nacionalidade do tribunal; *c)* à natureza do tribunal; *d)* ao efeito da decisão; *e)* ao objecto da decisão; *f)* à natureza da jurisdição.

a) Nacionalidade das partes. Como o Código civil dissesse que poderiam ser executadas as sentenças proferidas nos tribunais estrangeiros *entre estrangeiros e portugueses*, discutiu-se muito qual fosse o alcance do artigo a respeito das sentenças proferidas quer só entre portugueses, quer só entre estrangeiros (1).

O Código de processo veio, porém, pôr termo à questão com o preceito do artigo 1090.º, assim redigido: «O que fica disposto nos artigos antecedentes é igualmente aplicável às sentenças proferidas nas causas em que forem estrangeiros ambos os litigantes, ou ambos êles portugueses». Os artigos antecedentes são referidos às sentenças de que trata o artigo 51.º do Código civil, isto é, às sentenças entre portugueses e estrangeiros, e, por isso, da combinação d'êste artigo do Código civil e daquele artigo 1090.º resulta nítida a doutrina de que

(1) Vide Dr. Marnoco e Sousa, ob. cit., pág. 115.

a exequibilidade em Portugal das sentenças estrangeiras é independente da nacionalidade das partes. É o princípio justo, que condiz com o sistema geral do direito português acerca da condição dos estrangeiros, que, em regra, os equipara aos cidadãos portugueses quanto ao gozo dos direitos privados.

b) Nacionalidade do tribunal. Tanto o Código civil como o Código de processo civil falam sempre em sentenças proferidas por *tribunais estrangeiros*, sendo, portanto, indiscutível a doutrina de que apenas estão sujeitas a revisão e confirmação as sentenças oriundas de *tribunais estrangeiros*.

Parante esta doutrina, é evidente que não estão sujeitas a revisão e confirmação as sentenças proferidas pelos cônsules ou pelos tribunais consulares portugueses, pois se trata de tribunais portugueses. Estão, ao contrário, sujeitas a revisão e confirmação as sentenças proferidas por quaisquer cônsules estrangeiros, ainda quando proferidas em Portugal. São sentenças proferidas por tribunais estrangeiros e, portanto, sujeitas à exigência da revisão e confirmação.

A solução não é, porém, tão simples a respeito das sentenças proferidas nos países de capitulações, não pelos cônsules ou por tribunais consulares, mas por *tribunais mixtos*, que nos aparecem na Turquia, no Egito e na China.

1) *Tribunais mixtos da Turquia.* Em 1860 foram organizados na Turquia *tribunais de comércio mixtos*, para conhecer de *quaisquer* causas comerciais entre estrangeiros e súbditos otomanos e também das causas cíveis mixtas de valor superior a mil piastras. Êstes tribunais mixtos são compostos de cinco membros, três turcos — presidente e dois assessores — e dois estrangeiros, da nacionalidade da parte estrangeira (1).

Semelhantes tribunais deverão considerar-se estrangeiros relativamente ao Estado cujos nacionais funcionem nos mesmos tribunais como assessores?

Procurando caracterizar os mesmos tribunais, escreve Pélissié du Rausas: «Apesar d'êste elemento estrangeiro, que aliás é em minoria, os tribunais mixtos de comércio são tribunais otomanos; é em nome do sultão que êles administram justiça» (2).

Sendo assim, as sentenças proferidas pelos tribunais de comércio mixtos são sentenças proferidas por tribunais estrangeiros, mesmo para os Estados cujos nacionais entram na composição dos tribunais e, por isso, em Portugal, estarão sujeitas a revisão e confirmação, mesmo quando proferidas com a assistência de assessores portugueses (3).

(1) Pélissié du Rausas, ob. cit., II, pág. 432; André Mondelstam, *La justice ottomane dans ses rapports avec les puissances étrangères*, Paris, 1911, pág. 63; Bonfils-Fauchille, ob. cit., n.º 783.

(2) Ob. cit., pág. 433.

(3) Vide: Camillo Delfino, *L'esecutorietà delle sentenze civili straniere in Italia*, Roma, 1913, pág. 134, nota.

2) *Tribunais mixtos do Egipto*. Para corrigir os maus efeitos que o regime das capitulações estava produzindo no Egipto, o kediva celebrou, com consentimento da Porta Otomana, uma convenção com vários Estados para o fim de realizar uma reforma judiciária baseada na organização de *tribunais mixtos*. A reforma foi elaborada por uma comissão internacional reunida no Cairo em 1869, foi promulgada pelo Governo egípcio a 16 de setembro de 1875 e foi sucessivamente aprovada pelos diversos Estados ⁽¹⁾.

Pela reforma ficou havendo quatro tribunais mixtos, três de primeira instância e um de apelação, compostos de juizes indígenas e de juizes estrangeiros, com preponderância numérica dos estrangeiros, todos nomeados e pagos pelo kediva, embora os estrangeiros sejam de facto nomeados segundo as indicações dos respectivos governos.

Na competência dos tribunais mixtos entra o julgamento das questões civis e comerciais entre indígenas e estrangeiros ou entre estrangeiros de diferente nacionalidade, bem como acções reais imobiliárias entre indígenas e estrangeiros ou entre estrangeiros da mesma ou de diferente nacionalidade.

Em face desta instituição dos tribunais mixtos, appareceu naturalmente a questão de saber se as suas sentenças estavam ou não sujeitas a revisão e confirmação.

Bidal Bey sustenta que tais sentenças não estão sujeitas a revisão e confirmação nos países que aprovaram a reforma judiciária egípcia, pela razão de que essa aprovação equivalera a atribuir aos tribunais mixtos o poder de exercerem a função judiciária ⁽²⁾.

Contudo, outros escriptores, como Weiss ⁽³⁾, Delfino ⁽⁴⁾ e o Dr. Marnoco e Sousa ⁽⁵⁾, seguem a doutrina contrária de que as sentenças dos tribunais mixtos do Egipto precisam de ser revistas e confirmadas. E é essa, a nosso ver, a doutrina exacta, pela razão decisiva de que os tribunais mixtos, embora neles entrem juizes de nacionalidade estrangeira, são tribunais egípcios, investidos na sua jurisdição pelo governo egípcio, e, portanto, são tribunais estrangeiros, qualidade de que depende a necessidade da revisão e confirmação, nos termos dos artigos 31.º do Código civil e 1087.º do Código do processo civil. O facto de as potências aderirem à reforma judiciária de 1875 não pode de modo algum representar a *nacionalização* dos tribunais mixtos, e apenas foi o reconhecimento

da restrição do regime das capitulações estabelecida pela mesma reforma.

3) *Comissões mixtas da China*. Segundo o tratado de Portugal com a China de 1 de dezembro de 1887, as questões mixtas entre portugueses e chinas são resolvidas por uma *comissão mixta*, nos termos do artigo 51.º, assim redigido: «Se, porém, a questão for de tal natureza que não possa terminar-se pelo modo conciliatório, o cônsul português e as autoridades chinesas procederão conjuntamente à investigação do caso e o decidirão com equidade, applicando cada uma dessas autoridades as leis do seu país, segundo a nacionalidade do réu». Este texto mostra claramente que, embora a *instrução* do processo seja feita conjuntamente pelo cônsul português e pela autoridade chinesa, o julgamento é afinal da competência da autoridade do réu, pois o artigo declara que cada uma das autoridades applicará as leis do seu país segundo a nacionalidade do réu, pois quem applica a lei é quem julga. Sendo assim, a solução é muito simples. Se o réu for português, quem julga é o cônsul e, portanto, a sentença não está sujeita a revisão e confirmação. Se o réu for chinez, a sentença é proferida por um tribunal estrangeiro, ficando, por isso, sujeita a revisão e confirmação.

b) *Natureza do tribunal*. Sob esta rubrica, cabe naturalmente o estudo do valor das sentenças estrangeiras sobre direitos civis que sejam proferidas, não por tribunais civis ou comerciais qua-tais, mas por outros tribunais que, embora accidentalmente, resolvam questões de direito privado, como tribunais administrativos, eclesiásticos, criminaes, militares ou arbitrais. Em harmonia com o que acima dissemos, o que é essencial é que a sentença seja sobre direitos privados e proferida em forma judicial regular por um tribunal. Por isso, desde que se trate de um tribunal a que o Estado confira jurisdições, a sentença seja sobre direitos privados e proferida em forma judicial regular, é susceptível de confirmação e está a ela sujeita como qualquer outra sentença estrangeira.

Estes princípios não resolvem, porém, só de per si, a questão do valor das *sentenças arbitrais*, a respeito das quais faremos, por isso, algumas considerações. As legislações admittem geralmente que as partes interessadas possam *substituir* ao julgamento de um tribunal de justiça a decisão de um colégio de árbitros, por elas escolhidos, na resolução das questões que entre si se levantem, assim como, por vezes, uma ou outra legislação *impõe* para certas causas o juizo arbitral.

Daí o problema muito discutido do valor a attribuir às sentenças arbitrais estrangeiras.

Há um ponto, porém, que está fora de discussão e, por isso, começaremos por o eliminar. É o que respeita às sentenças arbitrais estrangeiras nas duas hipóteses de essas sentenças serem homologadas ou confirmadas pela autoridade judicial, ou de a arbitragem ser forçada.

(1) Pélissié du Rausas, ob. cit., II, pág. 274 e seg.; Bonfils-Fauchille, ob. cit., n.º 789; lei de 11 de abril de 1876.

(2) *De l'exécution en Egypte des jugements rendus à l'étranger*, pág. 11.

(3) Ob. cit., pág. 25.

(4) Ob. cit., pág. 150 e nota 1.

(5) Ob. cit., pág. 119.

Se uma sentença arbitral é homologada ou confirmada pela autoridade judicial, converte-se numa sentença de um tribunal estrangeiro e fica, por isso, sujeita à regra de que as sentenças proferidas por tribunais estrangeiros estão sujeitas a revisão e confirmação para que possam produzir efeitos em Portugal.

Se a arbitragem é forçada, isto é, imposta pela lei, o colégio de árbitros desempenha uma função semelhante àquela que desempenham os tribunais de justiça, e, por isso, ainda nesta hipótese, as sentenças arbitrais estrangeiras estão sujeitas a revisão e confirmação.

O problema restringe-se, pois, à arbitragem voluntária. Quanto a esta, duas opiniões dividem a doutrina, a jurisprudência dos diferentes Estados e as soluções do direito positivo.

Segundo uns, a sentença arbitral tem, fundamentalmente, a mesma natureza que as sentenças proferidas pelos tribunais de justiça e, por isso, devem estar sujeitas ao mesmo regime de revisão e confirmação. Neste sentido decidiram, por exemplo, o decreto italiano de 1919 (art. 1.º, § 4.º) ⁽¹⁾ e o tratado de Montevideo, sobre processo civil, de 11 de janeiro de 1889 (art. 5.º).

Segundo outros, a sentença arbitral, tirando a sua força do contrato de compromisso celebrado entre as partes, deve ser posta no mesmo plano que os actos jurídicos celebrados entre particulares e ter o valor que deva ser atribuído aos actos celebrados em país estrangeiro. Foi esta a solução adoptada no tratado de Lima de 9 de novembro de 1878, cujo artigo 45.º dispõe: «As sentenças arbitrais não homologadas ficam sujeitas às regras dos contratos».

Entre as duas opiniões, não hesitamos em seguir a segunda. Em verdade, parece evidente que, constituindo-se o colégio de árbitros por força da vontade das partes, não pode o tribunal arbitral praticar um acto de jurisdição, pois os particulares não podem, por meio de um contrato, criar um órgão do poder público, e, desde que os árbitros não são órgãos do poder público, as suas decisões não tiram o seu valor senão da vontade das partes, e a consequência lógica é que semelhantes decisões devem considerar-se, não a par com sentenças de tribunais estrangeiros, mas sim a par com os actos jurídicos celebrados entre particulares. E porque assim o entendemos, procuraremos determinar o valor das sentenças arbitrais estrangeiras no parágrafo que destinamos ao estudo da exequibilidade em Portugal dos actos jurídicos praticados no estrangeiro ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Supra, pág. 628.

⁽²⁾ Vide Weiss, *Traité*, VI, pág. 29; Anzilotti, *Rivista di diritto internazionale*, I, pag. 475; Dr. Chaves e Castro, ob. cit., pag. 706, nota 1; Dr. Marnoco e Sousa, ob. cit., n.º 58 a 61. Conf. Mortara, *Commentario del codice di procedura civile*, III, pag. 51 e 75; Rocco, *La sentenza civile*, pág. 58 e seg.

c) *Efeito da sentença.* Sob dois aspectos gerais uma sentença estrangeira pode ser invocada: ou como *acto de jurisdição* que declarou um direito de modo definitivo, ou como um *simples documento* donde consta a verificação de um facto ou de um direito.

Quando a sentença estrangeira é invocada como acto de jurisdição, ainda o pode ser para um de dois fins: ou para servir de *título executivo* numa execução forçada, ou para produzir qualquer outro efeito inerente ao *caso julgado*, como para fazer um registo predial, e para deduzir a excepção de caso julgado.

É à roda destes diferentes aspectos sob que pode ser invocada uma sentença estrangeira que gira toda a discussão acerca do âmbito de aplicação do princípio da sujeição das sentenças estrangeiras a revisão e confirmação como condição da sua eficácia. Consideremos, pois, os diferentes casos.

1.º) *As sentenças estrangeiras como títulos executíveis.* Sobre esta categoria de sentenças não há divergências entre os escritores. Todos elles entendem que as sentenças estrangeiras não podem assumir o valor de títulos executíveis sem estarem devidamente revistas e confirmadas. A privação de bens por efeito da execução de uma sentença é um dos efeitos mais violentos que podem resultar de uma decisão judicial no campo dos direitos privados e, por isso, todos entendem que semelhante violência não pode derivar imediatamente de uma sentença estrangeira, tornando-se necessário que esta seja examinada e confirmada por um tribunal nacional.

Esta doutrina é incontestável também em face do direito português. O artigo 31.º do Código civil diz que as sentenças estrangeiras sobre direitos civis podem ser executadas nos termos indicados no Código de processo civil, o art. 1087.º deste Código declara que as sentenças a que se refere aquele art. 31.º não serão executíveis sem estarem revistas e confirmadas por alguma das Relações, e o menos que as expressões executadas e executíveis podem significar é que tais sentenças não podem servir de base a uma execução forçada.

2.º) *As sentenças estrangeiras como simples caso julgado.* As sentenças podem produzir efeitos importantes independentemente da sua produção como títulos executivos. E assim é que, em face da nossa legislação, a sentença é um meio de prova (Cód. cit., art. 2502.º e 2503.º), é fundamento da excepção de caso julgado (Cód. de processo civil, art. 3.º, n.º 3; e § 3.º, n.º 1.º), e é documento admissível ao registo predial (Cód. civil, art. 978.º, n.º 1), ao registo comercial (Cód. processo comercial, art. 194.º, § único; reg. do registo comercial, art. 39.º, § 2.º) e ao registo civil (Cód. do registo civil, art. 38.º, n.º 6.º, 40.º, n.º 7.º, 231.º, 235.º, 243.º, 244.º e 284.º).

Esta multiplicidade de efeitos atribuídos ao caso julgado, fora do seu valor de título executivo, fez nascer a questão de

saber se as sentenças estrangeiras produzem tais efeitos *de plano*, ou se também para os produzir precisam de ser revistas e confirmadas.

As opiniões dividem-se tanto sob o a) ponto de vista teórico, como sob o ß) ponto de vista do nosso direito positivo.

a) Teóricamente, a questão respeita ao valor que num Estado deve atribuir-se à sentença como *acto de jurisdição* praticado em outro Estado.

Uma corrente doutrinária apoiada, entre outros, por Weiss⁽¹⁾, Diena⁽²⁾ e Ottolenghi⁽³⁾ formula a teoria de que cada Estado, assim como tem o seu *domínio legislativo*, tem igualmente o seu *domínio jurisdicional*, de que os Estados devem respeitar-se tanto nas suas leis com nas suas jurisdições, de que as sentenças proferidas num Estado traduzem o exercício da sua jurisdição, de que a função da sentença é imprimir a autoridade de verdade jurídica à decisão do tribunal, de que assim a autoridade do caso julgado — *res judicata pro veritate habetur* — é a verdadeira característica do acto de jurisdição, e de que, portanto, cada Estado deve reconhecer *de plano* às sentenças estrangeiras a sua autoridade de caso julgado.

Outra corrente doutrinária, seguida, por exemplo, por Lainé⁽⁴⁾, Pillet⁽⁵⁾, Anzilotti⁽⁶⁾, Mortara⁽⁷⁾, Chiovenda⁽⁸⁾ e Diena⁽⁹⁾, formula a teoria oposta de que a sentença estrangeira não pode produzir *de plano* nem o seu efeito executivo nem o seu efeito de caso julgado.

Quanto ao seu fundamento, esta corrente ainda se desdobra em duas sub-correntes.

A primeira, propugnada por Lainé, Anzilotti e Diena, sustenta que a sentença estrangeira não pode ser reconhecida como acto de jurisdição, pois os actos de jurisdição são actos de soberania, e estes não podem produzir os seus efeitos fora do Estado onde são praticados — *extra territorium jus dicendi impune non paretur*, mas só o pode ser como um *juízo lógico*, o qual, para ter valor jurídico, precisa de que lhe dê força jurisdicional um tribunal do Estado onde a sentença pretenda tornar-se efectiva.

A segunda sub-corrente, representada pelo professor Pillet, aceita a sentença estrangeira como acto de jurisdição, mas, como

o acto de jurisdição só pode ser respeitado quando praticado por uma jurisdição competente e, mesmo provindo de um tribunal competente, só deve produzir efeitos quando não ofenda as leis de ordem pública, sustenta que a sentença estrangeira deve ser submetida a um exame em que se verifiquem as condições de que depende o seu reconhecimento, não havendo razão alguma para distinguir nas sentenças estrangeiras o seu efeito executivo e a sua autoridade de caso julgado, pois é este último o efeito capital das sentenças, sendo dele que derivam todos os outros, e, por isso, a estabelecer distinção, deveria ser para exigir maior rigor quanto à admissão da autoridade de caso julgado.

¿Onde estará a verdade jurídica?

Sob o ponto de vista do direito internacional positivo, já acima dissemos que não existe ainda um preceito jurídico que obrigue os Estados a reconhecer valor às sentenças estrangeiras, podendo cada Estado reconhecer-lhes ou não esse valor, segundo a sua concepção acerca da coordenação internacional das jurisdições.

Sob o ponto de vista do direito internacional científico, cremos que a verdade jurídica está com a segunda sub-corrente da teoria que considera necessários o exame e a confirmação das sentenças estrangeiras, para que estas possam ter a autoridade de caso julgado.

Com Weiss, Diena e Ottolenghi, entendemos que os Estados devem respeitar-se mutuamente o seu domínio próprio de jurisdição. As jurisdições existem para a concretização das leis, e assim como os Estados se devem respeitar mutuamente nas suas leis, o mesmo respeito se devem nas suas jurisdições. A um *território legislativo* corresponde naturalmente em cada Estado um *território jurisdicional* e, por isso, a uma *competência legislativa*, deve corresponder logicamente uma *competência jurisdicional*. Em nada nos repugna, antes nos parece consentâneo com as tendências da evolução jurídica, o reconhecimento das sentenças estrangeiras como actos de jurisdição. Contudo, o Estado, assim como só reconhece a lei estrangeira quando ela é competente e não ofende as suas leis de interesse e ordem pública, assim também deve certificar-se se uma sentença estrangeira foi proferida por uma jurisdição competente e se as suas decisões são contrárias às suas leis de ordem pública, mediante um exame para isso adequado. E semelhante exame é, pelo menos, tão justificável a respeito da autoridade de caso julgado, como a respeito do valor executivo das sentenças estrangeiras. Em verdade, a autoridade de caso julgado é que traduz o destino jurídico do acto de jurisdição e, por isso, é em relação a êle que o exame se torna fundamentalmente necessário.

A questão também já foi discutida em face do nosso direito positivo, formulando-a, com a sua costumada nitidez, o Dr. Mar-noco e Sousa, o qual procurou demonstrar estas duas afirma-

(1) Ob. cit., pág. 5.

(2) *Diritto internazionale privato*, pág. 402.

(3) *Gli atti della giurisdizione straniera*, pág. 4 e seg.

(4) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1905, pág. 98.

(5) *Principes*, n.º 301.

(6) Na *Giurisprudenza italiana*, 1901, I, pág. 2 e 395, e na *Rivista di diritto internazionale*, vol. I, pág. 227.

(7) Ob. cit., v. n.ºs 28 e 29.

(8) *Principii di diritto processuale civile*, pág. 254.

(9) *La sentenza straniera e il giudizio di delibazione*, na *Rivista di diritto internazionale*, vol. III, pág. 81.

ções: *primeira*— a revisão e confirmação das sentenças estrangeiras apenas é exigida para o efeito da execução forçada e não para o efeito de lhes reconhecer a autoridade de caso julgado; *segunda*— só estão sujeitas a revisão e confirmação as sentenças estrangeiras quando com elas se pretende realizar uma execução e, portanto, quando reconheçam uma relação jurídica patrimonial.

O ilustre professor derivava a sua doutrina da letra do artigo 31.º do Código civil e da letra do artigo 1:087.º do Código de processo civil, do artigo 2430.º do Código civil, da fonte do Código de processo civil, e do carácter do sistema da delibação por este Código adoptado, pois: 1.º) o artigo 31.º do Código civil emprega a palavra *executadas* e o Código de processo civil emprega a palavra *exequíveis*, o que mostra que o legislador apenas pensou na execução forçada; 2.º) o artigo 2:430.º do Código civil, determinando que os documentos autênticos, passados em país estrangeiro na conformidade da lei desse país, farão prova neste país como o fariam documentos da mesma natureza nele exarados ou expedidos, dá-nos um argumento de analogia a respeito das sentenças estrangeiras, as quais, destinadas, como os documentos, a fixar o direito das partes, devem ter autoridade de caso julgado independentemente de revisão e confirmação, aliás não farão prova em Portugal como as sentenças cá proferidas; 3.º) a fonte do nosso Código de processo nesta parte foi o código italiano, e na Itália a doutrina é unânime em limitar a revisão ao efeito executivo; 4.º) o sistema da delibação mal se compadece com a recusa da autoridade de caso julgado às sentenças estrangeiras, pois, em tal sistema, a sentença impõe-se ao tribunal de revisão, não lhe sendo lícito alterá-la (1).

A doutrina do Dr. Marnoco e Sousa, que parece ser seguida pelo Dr. Eduardo Carvalho (2), foi perfilhada pela *Gazeta da Relação de Lisboa* (3), e foi adoptada pelo acórdão da Relação do Pôrto de 12 de dezembro de 1916 (4).

Da mesma doutrina se aproximou o Dr. Chaves e Castro, o qual, procurando estabelecer o critério indicador das sentenças sujeitas a revisão e confirmação, formulou-o desta maneira: — *terem as sentenças por fim alguma diligência que importe execução* (5).

A doutrina contrária de que as sentenças estrangeiras, antes de revistas e confirmadas, não têm, perante as nossas leis, nem a força de títulos exequíveis nem a autoridade de caso julgado, também já foi defendida e seguida entre nós.

(1) Ob. cit., pág. 129 e seg.

(2) *Manual das execuções*, I, pág. 103.

(3) Ano 25.º, n.º 55, pág. 420.

(4) *Boletim da Faculdade de Direito*, ano VI, pág. 167.

(5) Ob. cit., n.º 457, pág. 704.

Defendeu-a um colaborador da *Revista dos tribunais* (1), sustentando que, antes da apreciação e julgamento do tribunal português competente, nenhum efeito pode ser reconhecido às sentenças estrangeiras, e seguiram-na o acórdão da Relação do Porto de 23 de dezembro de 1913, onde se julgou que a sentença estrangeira só é título exequível e caso julgado depois de revista e confirmada (2), e o acórdão da Relação de Lisboa de 26 de fevereiro de 1919, que julgou no sentido de carecerem de revisão e confirmação todas as sentenças de tribunais estrangeiros sobre direitos civis, sem excepção das que se referem ao estado e capacidade das pessoas (3).

Qual será, pois, a verdadeira doutrina, em face da nossa lei?

Entendemos que a doutrina rigorosa é a de que a revisão se torna necessária tanto para a sentença ser título exequível como para ter autoridade de caso julgado.

Em primeiro lugar, é incontestável que a força executiva de uma sentença resulta da sua qualidade de caso julgado, sendo neste que se afirma o acto de jurisdição como meio de dirimir as controvérsias entre particulares e de declarar os direitos contestados, pelo que é lógico pensar que o legislador, se entendeu que as sentenças estrangeiras deviam ser sujeitas a revisão e confirmação, devia ter em vista a sentença como *causa* de efeitos jurídicos, e não este ou aquele efeito especial. E isto tanto mais, quanto é certo que hoje o efeito executivo das sentenças deriva destas directamente, não sendo necessário qualquer acto ou qualquer fórmula que autorize a execução.

Em segundo lugar, é certo que, o Código civil diz que as sentenças estrangeiras podem ser *executadas* e o Código de processo civil diz que as sentenças estrangeiras serão *exequíveis*, o que parece dar a entender que só necessitam de *exequatur* as sentenças susceptíveis de servir de base a uma execução, ficando dele isentas todas as outras; contudo, essas fórmulas podem ser entendidas no sentido de que as sentenças estrangeiras *só produzem efeitos* depois de revistas e confirmadas, e deverá ser esta a interpretação preferida, desde que ela seja, como é, a que mais se harmoniza com os motivos que levaram o legislador a estabelecer o instituto da revisão e confirmação das sentenças estrangeiras, com a fórmula genérica *sentenças sobre direitos civis* usada pelo artigo 31.º do Código civil, com as disposições das nossas leis que para algum efeito especial reconheceram valor às sentenças estrangeiras, e bem assim com o alcance que tem o reconhecimento a uma sentença da autoridade de caso julgado.

Quanto aos *motivos* do instituto, que estão enumerados

(1) Ano IX, pág. 340.

(2) *Revista dos Tribunais*, ano 32.º, n.º 762, pág. 276.

(3) *Boletim* cit., pág. 169.

no § 1.º do artigo 1088.º do Código de processo civil, pondo de parte o primeiro, que pode considerar-se de mera *forma*, todos procedem tanto a respeito do efeito executivo como a respeito da autoridade de caso julgado das sentenças estrangeiras. Em verdade, que a sentença tenha passado em julgado, que tenha sido proferida por tribunal competente, que as partes tenham sido legalmente citadas e, quando não compareçam, legalmente reveis, que a sentença não contenha decisões contrárias às leis de ordem pública, e que tenha sido aplicado o direito civil português quando fosse competente para regular a respectiva relação jurídica, são evidentemente condições de reconhecimento do caso julgado, e não apenas do efeito executivo das sentenças, pois seria claramente absurdo que o legislador quisesse que os tribunais e autoridades portuguesas tivessem de considerar de *verdade jurídica indiscutível*, uma sentença estrangeira proferida por tribunal incompetente, que não passou em julgado, que não foi proferida em processo contraditório, que ofende as leis de ordem pública e que não aplicou o direito civil português quando este era competente. Ora, para evitar tal absurdo, temos, por um lado, de admitir que, também para reconhecer a uma sentença a autoridade de caso julgado, ela deve ser sujeita a um exame em que se verifique se existem ou não aquelas condições, e como, por outro lado, o legislador não confluou tal exame a outro tribunal senão às Relações, nem estabeleceu outro processo senão o de revisão e confirmação, temos de concluir que, para poderem ter autoridade de caso julgado, devem as sentenças estrangeiras ser submetidas a revisão e confirmação.

Quanto à fórmula *sentenças sobre direitos civis* usada pelo artigo 31.º do Código civil, cumpre notar que ela abrange na sua generalidade *todas* as sentenças sobre direitos civis e não só aquelas que reconheçam uma relação jurídica patrimonial, e, por isso, deve entender-se que aquele Código quis abranger todas as sentenças estrangeiras sobre direitos privados, fosse qual fôsse o seu objecto. E a fórmula *sentenças executáveis* do Código de processo tem claramente a mesma extensão que o preceito do Código civil, pois o artigo 1087.º, onde a fórmula se lê, faz referência expressa ao artigo 31.º do Código civil.

Confirmam a mesma doutrina os *diplomas especiais* que têm reconhecido valor às sentenças estrangeiras para algum fim determinado. São êsses diplomas: o regulamento do registo commercial de 15 de novembro de 1888, cujo artigo 39.º, § 2.º, dispõe que as sentenças estrangeiras só serão admissíveis a registo depois de revistas nos termos do Código de processo; o regulamento do registo predial de 20 de janeiro de 1898, cujo art. 120.º, § 3.º, estabelece disposição semelhante à do regulamento do registo commercial; e o Código do registo civil, de 18 de fevereiro de 1911, cujos artigos 37.º, n.º 6.º, 245.º e 244.º

determinaram que as sentenças estrangeiras em que se declare a nulidade ou a anulação de casamentos inscritos ou transcritos nos livros de registo civil da República ou em que se decreto o respectivo divórcio só podem ser averbadas nos mesmos livros depois de revistas e confirmadas nos termos dos artigos 1089.º a 1091.º do Código do processo civil. Estas disposições mostram claramente que, segundo o nosso direito, a revisão e confirmação das sentenças estrangeiras não são apenas necessárias para a execução forçada, mas ainda para que a sua autoridade de caso julgado possa ser invocada para a *conservação de direitos*, sendo este manifestamente o fim do registo commercial, do registo predial e do registo do estado civil. Mas, se a sentença estrangeira não vale sem ser confirmada para o efeito da conservação de direitos, muito menos deve valer para o efeito da sua declaração, como seria a admissão da sentença estrangeira como fundamento da excepção de caso julgado, sem revisão nem confirmação, pois esta excepção, quando procedente, obsta à declaração do direito pretendido pelo autor.

Relativamente ao alcance do reconhecimento numa sentença da autoridade de caso julgado, basta atender a que este reconhecimento tem juridicamente um valor tão forte como o efeito executivo. E' evidente que a procedência da excepção de caso julgado inutiliza o pedido e, portanto, obsta a que se obtenha uma sentença com força executiva. De modo que, a ser verdadeira a doutrina que combatemos, resultava que uma sentença estrangeira não confirmada podia, só de per si, obstar à constituição de um título que ela por si não poderia constituir, e assim se admitiria indirectamente o que directamente não é permitido.

Em terceiro lugar, parece manifesto que uma sentença se *executa* sempre que se reconhece e torna effectivo o seu preceito e, por isso, as fórmulas «podem ser executadas» e «serão executáveis» podem ser interpretadas, sem violentar a technologia jurídica, no sentido que lhe atribuímos. «Executa-se uma sentença», escreve Pillet, tanto quando se repele uma pretensão contrária ao caso julgado, como quando se ordena a venda dos bens do devedor condenado (1).

Por fim, são de valor muito contestável as razões com que o Dr. Marnoco e Sousa defendia a sua opinião, porquanto: 1.º) a interpretação restritiva das palavras *executadas* e *executáveis*, não só se não impõe, mas conduz a todos os absurdos que ficam apontados: 2.º) a invocada unanimidade da doutrina italiana não pode ter hoje valor, desde que um grande civilista como Gabba, um grande processualista como Mortara e um grande internacionalista como Anzilotti sustentaram a doutrina de que a delibação é necessária tanto para o efeito executivo

(1) Ob. cit., pag. 540.

como para a autoridade de caso julgado (1); 3.º) o argumento derivado do artigo 2430.º é inteiramente afastado pelas citadas disposições dos regulamentos do registo comercial e do registo predial, onde se equipara o *documento legalizado às sentenças revistas e confirmadas*, sinal evidente de que o legislador português exige a revisão e confirmação para que as sentenças, como tais, possam ter a mesma força probatória que os documentos autênticos extra-oficiais; 4.º) o argumento derivado da natureza do sistema da delibação prova demais, pois, se a sentença estrangeira deve merecer o respeito da sua autoridade de caso julgado, também o deve merecer quanto à sua força executiva, que é uma consequência daquela autoridade.

De toda esta discussão, concluímos que as sentenças estrangeiras devem ser revistas e confirmadas sempre que se pretenda invocar para qualquer efeito a sua autoridade de caso julgado.

3.º) *As sentenças estrangeiras como documento.* Uma sentença estrangeira deve constar sempre de um documento. Ora a sentença-documento, além da decisão proferida pelo juiz, que representa o acto de jurisdição, pode conter a verificação de um facto que se passou no tribunal ou fora dele, que o tribunal não *julga*, limitando-se a *verificá-lo*. Em tal caso, a sentença poderá ser invocada sem necessidade de confirmação para prova do facto nela verificado. Assim o decidiu, por exemplo, o acórdão do tribunal de cassação de Turim de 11 de setembro de 1911, do qual a *Rivista di diritto internazionale* (2) faz este resumo: «Não é necessário o juízo de delibação quando a sentença estrangeira é produzida e invocada, não como título executivo ou para deduzir a excepção de caso julgado, mas simplesmente como meio e documento probatório, para obter do juiz italiano o reconhecimento de um crédito, com a consequente condenação do devedor no pagamento».

Anotando esta doutrina, faz Anzilotti estas elucidativas considerações: «Nos termos gerais em que é formulada, a tese aceita pela sentença é certamente digna de aprovação. O juízo de delibação, tendo por objecto o acto jurisdiccional estrangeiro, não respeita aos casos em que a sentença estrangeira não é invocada para afirmar com autoridade (*autoritativamente*) a existência do direito, obrigando o magistrado italiano a reconhecê-lo e a respeitá-lo, mas simplesmente como prova documental de um crédito a fazer valer perante os tribunais italianos. Julgamos, por isso, dever aprovar incondicionalmente uma sentença do tribunal de apelação de Génova de 26 de junho de 1908, a qual decidiu que, para os efeitos da

concessão e da confirmação de um arresto, o chamado *fumus boni juris* podia resultar de uma sentença estrangeira, ainda que não declarada executível em juízo de delibação... Neste caso, o juízo de delibação não é necessário, precisamente porque a decisão do juiz estrangeiro não é tomada em consideração como acto de jurisdição, como sentença, mas apenas como prova de um facto de que o juiz italiano livremente inferiu a existência de um direito» (1).

A doutrina é, pois, esta: sempre que a sentença seja invocada como acto de jurisdição, pelo qual o tribunal estrangeiro interpôs a sua autoridade para resolver um ponto de direito, é necessária a homologação; se apenas se invoca a sentença como documento para provar um facto que o juiz estrangeiro verificou, não é necessário o juízo de delibação.

Esta doutrina foi seguida pelo acórdão da Relação do Porto, de 17 de março de 1909 (2), embora numa espécie (nomeação de administrador a um falido, ao que parece) em que a sua aplicação era discutível (3).

201 — e) *Objecto da decisão.* As decisões judiciais relativas ao direito privado podem recair sobre o estado e capacidade das pessoas, sobre os direitos de crédito, sobre os direitos reais, sobre os direitos de família e sobre os direitos de sucessão. Estarão todas estas decisões, quando estrangeiras, sujeitas a revisão e confirmação, ou haverá sentenças que possam produzir os seus efeitos *de plano*?

Do que deixámos dito anteriormente, resulta que a natureza do direito privado declarado pela sentença não tem influência sobre a necessidade da revisão e confirmação. Sempre que a sentença seja invocada como acto de jurisdição, está sujeita ao juízo de *exequatur*.

Procuraremos, porém, fazer aplicação da doutrina a algumas categorias de sentenças a respeito das quais se tem discutido se estão ou não sujeitas a revisão e confirmação, como são as sentenças relativas ao estado e capacidade das pessoas, as sentenças relativas à falência, e as sentenças que reconhecem uma determinada qualidade.

1.º) *Sentenças relativas ao estado e capacidade das pessoas.* Têm sustentado alguns escritores que estas sentenças não estão sujeitas a revisão e confirmação, pelo fundamento de que tais sentenças, aplicando a lei pessoal do indivíduo, devem ser, como esta lei, de eficácia exterritorial e acompanhar o interessado onde quer que ele se encontre, independentemente de *exequatur* concedido pelos tribunais do país onde a sentença

(1) Vide Gabba, *Giurisprudenza italiana*, 1875, II, pág. 456, 1893, I, pág. e 389, e 1898, I, pág. 1 e 494; Moriara, *ob. cit.*, IV, n.ºs 28 e 29; Anzilotti, *Rivista di diritto internazionale*, I, pág. 227.

(2) Ano VI, pág. 276.

(1) *Revista cit.*, pag. 276 e 277.

(2) Na *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 25, n.º 53, pag. 420.

(3) *Infra*, pág. 659.

deva tornar-se efectiva. Tal doutrina, seguida em França por Despagnet (1), Audinet (2), Surville et Arthuys (3), Weiss (4) etc. e geralmente adoptada pela jurisprudência francesa e belga (5), foi defendida entre nós pelos Drs. Dias Ferreira (6), Marnoco e Sousa (7) e Eduardo Carvalho (8).

Em sentido contrário decidiram-se, entre outros, Fælix (9), Pillet (10), Anzilotti (11) e o Dr. Chaves e Castro (12), e também em sentido contrário decidiram o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de novembro de 1889 (13) e o acórdão da Relação de Lisboa de 26 de fevereiro de 1919 (14).

É esta última, para nós, a verdadeira doutrina. Todas as razões que aduzimos para aplicar o princípio da revisão ao reconhecimento da autoridade de caso julgado das sentenças estrangeiras são aqui procedentes. As sentenças relativas ao Estado e capacidade das pessoas representam actos de jurisdição, como quaisquer outras, podem ter sido proferidas sem audiência das partes, podem emanar de tribunais incompetentes, podem ofender as leis de ordem pública e, por isso, não há razão nenhuma para as isentar de *exequatur*.

Quanto ao direito português, ainda há duas razões a acrescentar.

A primeira deriva do n.º 6.º do § 1.º do artigo 1088.º do Código de processo civil. Quando foi publicado este Código, o preceito expresso mais nítido da aplicação do direito português aos portugueses que se encontrassem em país estrangeiro era o artigo 24.º do Código civil, onde se dispõe que o estado e capacidade dos portugueses que viajem ou residam em país estrangeiro será regulado pela lei portuguesa e, por isso, é legítimo presumir que aquela disposição do Código de processo, ao considerar como condição de confirmação das sentenças estrangeiras a aplicação do direito português a um português quando esse direito fosse competente, tinha, certamente, em vista o artigo 24.º do Código civil.

A segunda resulta dos artigos 38.º, n.º 6.º, 245.º e 244.º do

(1) *Précis de droit international privé*, n.º 96.

(2) *Principes élémentaires de droit international privé*, n.º 472.

(3) *Cours élémentaire de droit international privé*, n.º 434.

(4) *Traité*, VI, pag. 40 e seg.

(5) Weiss, *Traité*, VI, pag. 40, nota 4; Travers, *La convention de la Haye relative au divorce et à la séparation de corps*, pag. 250 e seg.

(6) *Boletim dos tribunais*, V, pag. 289.

(7) *Ob. cit.*, pag. 157.

(8) *Ob. cit.*, I, pag. 111.

(9) *Traité de droit international privé*, II, pag. 166.

(10) *Principes*, pag. 545.

(11) *Rivista di diritto internazionale*, I, pag. 227.

(12) *Ob. cit.*, pag. 706, nota 1.

(13) *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 31.º, pag. 159.

(14) *Boletim da Faculdade de Direito*, VI, pag. 169.

Código do registo civil, que sujeitam a revisão e confirmação as sentenças de divórcio e de anulação do casamento, para o efeito de serem averbadas nos livros do registo civil, pois tais sentenças respeitam ao estado e capacidade das pessoas e, por isso, os referidos preceitos indicam que o legislador não aceitou o princípio da sua isenção de revisão e confirmação (1).

2.º) *Sentenças relativas à falência*. A sentença de declaração da quebra, que é a sentença fundamental em matéria de falência, tem por efeito a *execução colectiva* dos bens do falido em favor dos seus credores e por isso, à parte uma disposição expressa de um tratado ou de uma lei interna do Estado, está sujeita a revisão e confirmação, se se considerar susceptível de produzir efeitos fora do Estado onde foi proferida. A verdadeira questão a discutir consiste, pois, em verificar se a sentença de declaração da quebra produz *efeitos meramente territoriais*, ou se pode ter *eficácia internacional*, com ou sem *exequatur*. Semelhante questão não podemos, porém, resolvê-la neste lugar, deixando-a para o lugar próprio, que será no capítulo relativo ao estudo do regime jurídico internacional da falência, que versaremos no capítulo final do estudo relativo ao regime jurídico internacional dos direitos de crédito.

As demais sentenças relativas à falência, como são as sentenças de homologação de concordata, as sentenças de homologação de moratória e as sentenças de reabilitação do falido, têm a sua sorte dependente do regime da sentença declaratória da quebra e, por isso, de todas elas falaremos ao mesmo tempo.

3.º) *Sentenças que reconhecem uma determinada qualidade*. Encontra-se frequentemente a afirmação de que as sentenças que reconhecem uma qualidade a uma pessoa não estão sujeitas a revisão e confirmação. Assim o disse o Dr. Marnoco e Sousa (2), assim o julgou o referido acórdão da Relação de Lisboa de 17 de março de 1909 (3), e assim o sustentou, em nota a este acórdão, a Redacção da *Gazeta da Relação de Lisboa*, escrevendo: «As sentenças de simples habilitação ou de reconhecimento de uma determinada qualidade não estão sujeitas a revisão e confirmação, por isso que nem importam acto de execução, nem são proferidas contra pessoas certas, requisitos estes que claramente se deduzem do disposto nos artigos 1087.º a 1091.º do Código de processo civil».

(1) Embora os artigos 245.º e 244.º do Código do registo civil apenas falem de sentenças proferidas entre portugueses ou entre portugueses e estrangeiros, o artigo 38.º, n.º 6.º, fala de *quaisquer sentenças estrangeiras* e, como é este artigo o que está mais de harmonia com o sistema geral das nossas leis, devem os dois primeiros considerar-se a êle subordinados e entender-se que todas as sentenças estrangeiras de divórcio ou de anulação de casamento estão sujeitos a revisão e confirmação (Vide *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 45.º, n.º 1889, pag. 480).

(2) *Ob. cit.*, pag. 140.

(3) *Supra*, pag. 637.

Referindo-se à questão no relatório apresentado ao Instituto de direito internacional em 1913, o professor Pillet afirmou a questão e fez sobre ela uma proposta nestes termos: «O direito internacional trata de modo particular as sentenças que não resolvem precisamente questões entre particulares, mas constituem antes medidas de protecção tomadas pela autoridade judiciária em favor de certas pessoas. Tais são as sentenças proferidas em matéria de estado das pessoas, sobre a organização da tutela, e sobre a declaração da falência. Admite-se desde muito que tais sentenças podem produzir o seu efeito, pelo menos em certa medida, sem dependência de prévio *exequatur*, e, como na realidade, o juiz não aparece aí na sua função ordinária de árbitro dos litígios entre os particulares, mas desempenha um papel administrativo e tutelar, podem aprovar-se as facilidades para que a jurisprudência se inclina, sem contudo estabelecer qualquer excepção irracional e pouco aceitável ao princípio geral do princípio do *exequatur*. . . Proposta: — Uma sentença estrangeira não pode produzir nenhum efeito em qualquer país sem precedência de *exequatur*. Contudo, uma sentença proferida no estrangeiro para o fim exclusivo de justificar uma qualidade de uma pessoa pode ser invocada sem a condição de prévio *exequatur*» (1).

Sendo assim, importa verificar se, com efeito, as sentenças que se limitam a reconhecer uma qualidade a uma pessoa devem ou não considerar-se isentas de revisão e confirmação.

A questão não pode, em nosso entender, ser resolvida pela simples afirmação de um princípio geral. É indispensável descer a uma análise específica das sentenças que reconhecem qualidades, para, diante de cada espécie, poder formular-se a solução exacta.

As sentenças que definem qualidades podem, talvez, classificar-se em três grupos: 1.º) sentenças que definem uma qualidade-estado das pessoas; 2.º) sentenças que definem uma qualidade-habilitação; 3.º) sentenças que definem uma qualidade-representação.

1.º) *Qualidade-estado*. Pertencem a este grupo todas as sentenças que constituem ou modificam o estado das pessoas, como as de perfilhação, de anulação do casamento, de separação de pessoas e bens, de divórcio e de interdição. E ainda no mesmo grupo se podem incluir as sentenças declaratórias da falência.

Perante a teoria que sustentamos, e que nos parece a única verdadeira, de que o *exequatur* é necessário para se reconhecer a uma sentença estrangeira a autoridade de caso julgado, todas estas sentenças estão sujeitas a revisão e confirmação.

Quanto às sentenças de perfilhação, de anulação do casa-

(1) *Revue Darras* — de Lapradelle, 1913, pág. 915 e 921.

mento, de separação e divórcio litigioso e de interdição, não pode haver a menor dúvida, pois são sentenças proferidas em processo contencioso, relativamente às quais tem inteiro cabimento tudo que dispõe o § 1.º do artigo 1088.º do Código de processo civil.

Dúvidas também não poderá haver a respeito da sentença declaratória da falência, se se lhe atribuir eficácia internacional, para o que basta lembrar que tal sentença, entre outros efeitos, produz a apreensão de todos os bens do falido (Cód. de processo comercial, art. 201.º), verdadeiro acto de execução, e que o artigo 87.º, n.º 3.º, do Código de processo civil proíbe o cumprimento de cartas rogatórias que importem execução de sentença estrangeira que se não mostre revista e confirmada por tribunal português competente.

Restam as sentenças de divórcio e de separação por mútuo consentimento. Mas para as sentenças de divórcio, é expresso o Código de registo civil (art. 243.º) e, quanto às de separação, seria absurdo o seu reconhecimento sem *exequatur*, dada a sua afinidade com as de divórcio e a possibilidade de as converter em sentenças de divórcio ao fim de um certo prazo.

2.º) *Qualidade-habilitação*. Reconhecem a uma pessoa a *qualidade-habilitação* as sentenças que lhe atribuem a qualidade de herdeiro de outra pessoa. Estarão tais sentenças sujeitas a revisão e confirmação? Entendemos que sim, porquanto são sentenças sobre direitos civis, são proferidas em processo que é ou pode ser contraditório, pois a qualidade de herdeiro é discutível, representam um verdadeiro julgamento e, portanto, traduzem um acto de jurisdição, dando-se assim as condições que, perante os princípios e perante a nossa lei positiva, justificam o *exequatur*.

Neste sentido é a jurisprudência dos nossos tribunais superiores, que tem considerado as sentenças de habilitação sujeitas a revisão e confirmação (1).

3.º) *Qualidade-representação*. Uma decisão de um tribunal estrangeiro atribui a *qualidade-representação* quando confere a uma pessoa o poder de representar outra em juízo ou fora d'ele, como tutor, curador ou administrador. E o que se dá com a nomeação de tutor a um menor ou a um interdito por demência ou por surdez-mudez, de curador a um pródigo, ou de administrador a um falido. ¿Serão tais decisões verdadeiras sentenças sujeitas a revisão e confirmação?

Não pode haver dúvida de que, no caso de interdição ou falência, semelhantes decisões são uma *consequência* da sentença de interdição ou de falência, se se não contém na própria sentença, e por isso parece lógica a doutrina de que as mesmas

(1) Acórdãos da Relação de Lisboa de 6 de fevereiro e 3 de novembro de 1909, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 23.º, n.º 53, pág. 421.

decisões só podem produzir efeito desde que seja confirmada a sentença que as contém ou as determina, a não ser que um tratado expressamente diga o contrário, como o fez a convenção da Haia de 17 de julho de 1905 relativa à interdição, cujo artigo 9.º dispensa de *exequatur* as sentenças de interdição, no que respeita à incapacidade e à tutela do interdito.

¿Mas se a nomeação de um representante não for a consequência de uma sentença, e representar um acto de pura jurisdição voluntária, como a nomeação de tutor a um menor, quando essa nomeação seja atribuída à autoridade judiciária? A resposta a esta questão prende-se com a questão do valor a atribuir aos actos de jurisdição voluntária de autoridades estrangeiras, de que nos vamos ocupar.

202 — f) *Natureza da jurisdição.* A autoridade judiciária pode ser chamada a intervir na vida jurídica dos indivíduos para um de dois fins: ou para *reintegrar* um direito violado ou ameaçado; ou para *integrar* a vontade individual considerada pela lei insuficiente para a prática de um acto jurídico. No primeiro caso, a jurisdição é *contenciosa*; no segundo, é *graciosa*.

Embora possam ser exercidas pela mesma autoridade, as duas espécies de jurisdição são fundamentalmente diferentes. Essa diferença aparece no seu *fim*, na forma do seu *exercício* e no seu *efeito*.

A diferença de fim já está indicada. Uma tende a resolver um *conflito* entre litigantes, reintegrando um direito ofendido ou defendendo um direito ameaçado; a outra destina-se a autorizar ou aprovar actos jurídicos ou manifestações de vontade que ficam, como diz Mortara, no domínio privado do arbítrio individual.

Quanto à *forma*, a diferença está em que, na jurisdição contenciosa, há ou pode haver litígio, isto é, *discussão contraditória* da pretensão apresentada ao tribunal, ao passo que na jurisdição graciosa não há nem pode haver litígio ou contestação, sendo o tribunal solicitado pelos interessados a praticar certos actos que lhes assegurem direitos.

Quanto ao *efeito*, divergem as duas formas de jurisdição em que, ao contrário do que acontece na contenciosa, na graciosa não há propriamente um julgamento com autoridade de caso julgado ou com efeito executivo contra quem quer que seja (1).

Sendo assim, torna-se evidente que a expressão *jurisdição voluntária* ou *graciosa* exprime mais do que significa. Rigorosamente, a decisão do juiz num processo gracioso não é um *acto de jurisdição* que ponha termo a um pleito. É antes a prática de um *acto de um oficial público* que autoriza ou aprova actos de vontade dos indivíduos.

A atribuição de semelhante função aos magistrados*judi-

(1) Mortara, ob. cit., n.º 475 e seg.

ciais resulta de algumas das seguintes razões: ou de uma razão histórica, pois se verifica que, em determinado período da evolução do direito romano, os magistrados eram ao mesmo tempo juizes e oficiais públicos, representando a jurisdição voluntária hoje existente um vestígio dessa primitiva associação da função jurisdicional propriamente dita e da função notarial; ou de uma razão de importância dos actos que constituem a jurisdição voluntária, dando maiores garantias a sua prática pelos magistrados judiciais; ou de uma razão prática, resultante da possibilidade de um processo de jurisdição graciosa se converter em processo de jurisdição contenciosa (1).

Mas, se as decisões proferidas em processo gracioso não são propriamente actos de jurisdição, não deverão equiparar-se às sentenças proferidas em processo contencioso para o efeito de as sujeitar a confirmação. Deve atribuir-se-lhes eficácia independentemente de um processo de *exequatur*, como acontece com os actos notariais exarados em país estrangeiro.

E é esta a doutrina que está em harmonia com o nosso direito positivo. Em verdade, o § 1.º do artigo 1088.º do Código de processo civil, não só exige que exista uma sentença com trânsito em julgado, o que já supõe uma decisão com a força de caso julgado, e, como dissemos, em matéria de jurisdição graciosa, não há propriamente um julgamento com força de caso julgado, mas manda verificar se as partes foram devidamente citadas ou legalmente reveis e, portanto, supõe que houve *partes* e que o processo foi contraditório, e no processo gracioso não há *partes*, mas apenas o *interessado* cuja capacidade se procura suprir, nem há *juízo contraditório*. Nestes termos, parece que a doutrina exacta será a de que não estão entre nós sujeitas a revisão e confirmação as decisões de tribunais estrangeiros que forem proferidas em processos que, segundo as nossas leis (2), sejam meramente graciosos, isto é, processos em que não há nem pode haver litígio nem contestação (3).

203 — III — *Condições de confirmação.* Conhecidas as sentenças que são susceptíveis de revisão e confirmação e aquelas que estão sujeitas ao processo de *exequatur*, segue-se naturalmente estudar as condições de que depende a confirmação.

(1) Idem, ob. cit., n.ºs 474 e 475.

(2) A *qualificação* de contencioso ou de gracioso do processo em que devia ser proferida a decisão de um tribunal estrangeiro para o efeito de determinar se está ou não sujeita a revisão e confirmação depende da lei do país onde se pretenda executar a decisão. É a natural aplicação da teoria das qualificações, que acima estudámos (n.ºs 151 e 152).

(3) Vide Dr. Marnoco e Sousa, ob. cit., pág. 172; Dr. Chaves e Castro, *Organização e competência dos tribunais de justiça*, pág. 108, nota 5. Estes dois autores seguem o princípio da equiparação entre as sentenças proferidas em processo gracioso e as proferidas em processo contencioso.

Essas condições estão indicadas no § 1.º do artigo 1088.º do Código de processo civil, que vamos analisar.

a) *Autenticidade e inteligência da sentença.* Diz o n.º 1.º do § 1.º do artigo 1088.º que pode servir de fundamento para opposição à confirmação de uma sentença estrangeira — «qualquer dúvida sobre a *autenticidade do documento* ou *inteligência da sentença*». Neste preceito contém-se a primeira condição da confirmação das sentenças estrangeiras, a qual consiste em não haver dúvidas sobre a a) autenticidade do documento e sobre a b) inteligência da sentença.

1.º) *Autenticidade do documento.* A compreensão desta fórmula da lei exige a determinação do significado da palavra *documento* e a determinação do critério de verificação da sua *autenticidade*.

O Dr. Dias Ferreira entendia que o legislador, empregando a palavra *documento*, quis indicar, além das sentenças, *qualquer título com força executiva* (1). O Dr. Marnoco e Sousa (2) e o Dr. Chaves e Castro (3) sustentaram, porém, que a lei empregou aquela palavra para designar o *documento de que consta a sentença*. E é este, sem a mínima dúvida, o sentido da lei. Em verdade, depois de o corpo do artigo 1088.º ter dito que ao pedido de confirmação da *sentença* pode ser deduzida *oposição* por meio de embargos, o § 1.º indica os meios de opposição e, ao enumerá-los, aponta no n.º 1.º, em primeiro lugar, a *autenticidade do documento*, mostrando assim a sucessão das ideias que a palavra *documento* indica o documento em que se contém a sentença.

Mas se a lei se refere ao documento de que consta a sentença, qual o critério de verificar a *autenticidade* do mesmo documento? O documento deve ser autêntico em harmonia com a lei do país donde ele emana, que é o país onde foi proferida a sentença.

Esta doutrina, que foi afirmada pelo Dr. Marnoco e Sousa (4), resulta da aproximação entre o n.º 1.º do § 1.º do artigo 1088.º com os artigos 1106.º, 1961.º e 2430.º do Código civil, os quais mostram claramente que os requisitos de autenticidade de um documento são determinados pela lei do país onde o documento é exarado.

A mesma doutrina foi firmada pela convenção da Haia de 17 de julho de 1905 a respeito da execução das sentenças de condenação em custas.

Em verdade, o artigo 19.º da convenção dispõe que a autoridade competente para estatuir sobre o pedido de execução

(1) *Código de processo civil anotado*, III, pág. 45 e 44.

(2) *Ob. cit.*, n.º 78.

(3) *Ob. cit.*, n.º 456.

(4) *Ob. cit.*, pág. 205.

examinará se, em harmonia com a lei onde foi proferida a condenação, a certidão da sentença reúne as condições necessárias para a sua autenticidade.

Não basta, porém, que o documento de que consta a sentença revista os requisitos da autenticidade exigidos pela lei do país de origem; deve ser *legalizada*, em harmonia com o artigo 213.º (1) do Código de processo civil, isto é, deve ser visada pelo funcionário diplomático ou consular português no país de origem, e a assinatura desse funcionário deve ser reconhecida no ministério dos negócios estrangeiros. Só então é que o documento reveste todas as condições de autenticidade para ser atendido pela Relação (2).

2.º) *Inteligência da sentença.* Para ser confirmada, a sentença deve ser inteligível. A primeira condição *legal* de inteligibilidade é que a sentença seja escrita ou traduzida em língua portuguesa. Assim resulta do artigo 213.º (3) do Código de processo civil. Segundo este artigo, os documentos produzidos nos tribunais civis, quando escritos em língua estrangeira, devem ser devidamente traduzidos. Como tribunais de revisão, as Relações funcionam como tribunais civis e, por isso, as sentenças escritas em língua estrangeira não podem ser dispensadas de tradução (4).

Além deste requisito de *inteligibilidade formal*, a sentença deve ser inteligível no sentido de a Relação poder determinar qual é o seu preceito e, portanto, a decisão que o requerente quer tornar efectiva em Portugal. A Relação precisa, designadamente, de saber se a sentença contraria ou não as leis portuguesas de interesse e ordem pública e, por isso, tem necessidade de saber o que a sentença é. Não lhe cumpre examinar se a decisão é justa ou injusta, se a lei competente foi bem ou mal aplicada, mas não pode deixar de exigir que a sentença seja *compreensível*, para ter conhecimento daquilo que confirma. Também lhe não cumpre saber se a execução da sentença pode ou não levantar dificuldades. Isso cabe ao juiz ou autoridade que tenha de a executar. Desde que do contexto do documento se deprenda qual o preceito da sentença, pode esta ser confirmada, sob o ponto de vista da sua inteligibilidade (5).

204 — b) *Trânsito em julgado.* O segundo motivo legal de opposição à sentença é que esta não tenha passado em julgado, e daí se infere que o trânsito em julgado é uma das condições da confirmação da sentença.

(1) *Conf. reg. cons.*, art. 238.

(2) *Ac. Rel. Lisb.*, 15 mar. 1908 (na *Gazeta cit.*, xxii, n.º 18, pág. 145); Barbosa de Magalhães, *Código do processo comercial anotado*, III, pág. 255.

(3) *Conf. Regulamento consular*, art. 309.

(4) *Vide Ac. Rel. N. Goa*, 15 set. 1911 (na *Col. N. Goa*, VIII, pág. 192).

(5) *Vide Dr. Marnoco e Sousa*, *ob. cit.*, pág. 207.

(*) *Vide Dr. Marnoco e Sousa*, *ob. cit.*, pag. xv.

Qual será, porém, o alcance da fórmula legal — *ter a sentença passado em julgado*?

De três fórmulas têm usado as legislações, os tratados ou a jurisprudência ao determinar o *grau de exequibilidade* que deve ter uma sentença estrangeira quando se requiere o seu *exequatur*. Assim: a jurisprudência norueguesa exige que a sentença estrangeira *não esteja sujeita a apelação* ⁽¹⁾; a lei belga ⁽²⁾ e a lei brasileira ⁽³⁾ exigem que a sentença *tenha passado em julgado*; o tratado de Montevideo sobre o processo civil exige que a sentença *seja executória ou tenha passado em julgado* ⁽⁴⁾.

A primeira e a última fórmulas não podem dar lugar a dúvidas, a primeira excluindo claramente as sentenças que não tenham força de caso julgado, embora sejam provisoriamente executórias, e a segunda compreendendo-as também claramente.

A segunda fórmula tem, porém, dado lugar a dúvidas. E assim é que, na Bélgica, tem-se discutido se a lei se refere às sentenças definitivas contra as quais não pode haver opposição nem recurso, ou às sentenças que já possam ser executadas, embora pendentes de recurso, por este ter efeito meramente devolutivo, parecendo ser neste último sentido a opinião dominante ⁽⁵⁾.

Entre nós, foi a questão ventilada pelo Dr. Marnoco e Sousa ⁽⁶⁾, que a resolveu no sentido de que o texto legal se refere às sentenças que já não são susceptíveis de recurso, pela razão de que expressamente exige o trânsito em julgado e este só existe quando não é possível qualquer recurso, devendo explicar-se esta exigência da lei pela gravidade excepcional que poderia ter a confirmação de uma sentença estrangeira apenas provisoriamente executória.

Também cremos que é esta a verdadeira doutrina. Às razões apresentadas, poderá ainda acrescentar-se a consideração de que o Código de processo, quando quis equiparar às sentenças transitadas em julgado as sentenças pendentes de recurso com efeito devolutivo, indicou estas expressamente, como fez no artigo 798.º n.º 2.º.

¿Como verificar, porém, se a sentença estrangeira passou em julgado? Tem entre nós variado a doutrina e a jurisprudência, tendo sido seguidas nada menos de quatro opiniões: *primeira* — a sentença deve presumir-se transitada em julgado,

quando dos autos não conste o contrário ⁽¹⁾; *segunda* — o trânsito em julgado presume-se enquanto a parte não provar o contrário ⁽²⁾; *terceira* — dos autos deve constar que a sentença passou em julgado ⁽³⁾; *quarta* — cumpre ao tribunal verificar se a sentença passou em julgado ⁽⁴⁾.

¿Qual será a verdadeira doutrina?

Parece-nos que a verdade está na opinião de que a prova do trânsito em julgado deve constar dos autos. Somente as sentenças transitadas podem ser confirmadas e, por isso, é lógico exigir que do processo conste a prova desse facto.

¿Mas que espécie de prova será necessária?

A convenção da Haia de 17 de julho de 1905, regulando a execução das sentenças estrangeiras de condenação em custas, ao mesmo tempo que exige o trânsito em julgado da sentença, determina que, para prova desse facto, *bastará* uma declaração da autoridade competente do Estado de origem afirmando que a sentença passou em julgado. O emprego do verbo *bastar* indica que a convenção permite outros meios de prova, uma vez que possam determinar a convicção do tribunal.

Doutrina semelhante deverá seguir-se em face da nossa lei comum. Normalmente, a prova deverá fazer-se por meio de declaração passada no país de origem, devidamente legalizada, de que a sentença passou em julgado, podendo tal declaração constar evidentemente da carta de sentença submetida a revisão e confirmação.

Poderá, porém, admitir-se outra prova suficiente para produzir a convicção do tribunal, e até uma *presunção*, se dos autos constar, por exemplo, que o juiz que proferiu a sentença praticou, fundados nesta, actos que supõem o seu trânsito em julgado, segundo a lei do país de origem. É assim que consideramos exacta a doutrina do acórdão do S. T. J. de 11 de junho de 1889 ⁽⁵⁾, segundo o qual se presume o trânsito em julgado de uma sentença de partilha, desde que se passou o título da partilha e foi assinado pelo juiz.

205—c) Competência do tribunal. Permite a lei, em terceiro lugar (art. 1088.º, § 1.º, n.º 3.º), que possa opor-se à confirmação da sentença *ser proferida por tribunal incompetente*, donde se conclui que a terceira condição legal da confirmação de uma

⁽¹⁾ R. P. Ac. de 12 de junho de 1888 (*Revista dos Tribunais*, vol. VII, pág. 58), e Ac. de 30 de março de 1906 (*Revista cit.*, vol. XXIV, n.º 576, pág. 58).

⁽²⁾ Ac. S. T. J. de 6 de dezembro de 1887 (*Gazeta cit.*, vol. II, pág. 132); Ac. R. L. de 17 de dezembro de 1892 (*Gazeta cit.*, vol. VII, pág. 25).

⁽³⁾ Ac. S. T. J. de 6 de junho e de 20 de dezembro de 1887 (*Gazeta cit.*, vol. III, pág. 79 e 103).

⁽⁴⁾ Dr. Marnoco e Sousa, ob. cit., pág. 211.

⁽⁵⁾ *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano IV, n.º 15, pág. 94.

⁽¹⁾ Vide Weiss, ob. cit., pág. 198.

⁽²⁾ Lei belga de 25 de março de 1876, art. 10.º.

⁽³⁾ Lei n.º 221 de 20 de novembro de 1894, art. 12.º, § 4.º, alínea b, n.º 2.º.

⁽⁴⁾ Art. 5.º.

⁽⁵⁾ Weiss, ob. cit., pág. 165, nota 1.

⁽⁶⁾ Ob. cit., pág. 209.

sentença estrangeira é que ela tenha sido proferida por um tribunal competente.

¿A que espécie de competência se referirá, porém, a lei? Como vimos noutra lugar ⁽¹⁾, a competência pode ser *internacional* ou *interna*, e esta pode revestir as duas formas de *competência em razão das pessoas* e *competência em razão da matéria*. ¿Qual destas formas de competência teria o legislador em vista? A competência internacional somente? A competência interna? Ambas as formas de competência?

Esta questão, que é evidentemente da maior importância tanto teórica como prática, foi largamente discutida na Itália, em face do texto primitivo do artigo 941.º do Código de processo civil, cuja fórmula legal era muito semelhante à do nosso Código, pois dizia: — «*se a sentença foi proferida por uma autoridade judiciária competente* (Cód. de proc. civil it., art. 941.º, n.º 1.º)» ⁽²⁾. Naquele país foi por muito tempo interpretada a lei no sentido de que ela se referia tanto à competência internacional como à competência interna. Contudo, o professor Anzilotti, num artigo publicado na *Giurisprudenza italiana* ⁽³⁾, pronunciou-se abertamente contra a corrente geral da doutrina, sustentando que o artigo 941.º do código de processo se referia exclusivamente à competência jurisdicional ou internacional, e de modo nenhum à competência interna. A doutrina de Anzilotti foi adoptada pelos dois notáveis processualistas Mortara ⁽⁴⁾ e Chiovenda ⁽⁵⁾, podendo dizer-se que se produziu o revivamento da doutrina no sentido das ideias de Anzilotti, dada a grande autoridade deste escritor e dos dois autores que o seguiram ⁽⁶⁾.

Também entre nós a questão foi discutida na doutrina, sustentando o Dr. Artur Montenegro ⁽⁷⁾ que o tribunal de revisão apenas tem que investigar se o tribunal estrangeiro tinha competência internacional, e sustentando, em sentido contrário, o

⁽¹⁾ Supra, n.º 145 e 181.

⁽²⁾ Anzilotti, *Il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio in ordine alla seconda convenzione dell'Aia 12 giugno 1902*, n.º 25; Ghirardini, *La l'istipendenza nel diritto processuale civile internazionale*, na *Rivista di diritto internazionale*, II, pág. 288 e seg.

⁽³⁾ 1901, I, pág. 698.

⁽⁴⁾ Ob. cit., tom. V, n.º 37, pág. 51.

⁽⁵⁾ *Principi di diritto processuale civile*, pág. 785.

⁽⁶⁾ O novo texto do código do processo civil italiano, como o formulou o decreto de 20 de junho de 1919 (art. 1.º, § 1.º, n.º 1.º), dispõe que o tribunal estrangeiro devia ser competente *segundo os princípios do direito internacional*, e, nessa parte, adoptou a doutrina de Anzilotti, pois é evidente que é ao direito interno, e não ao direito internacional, que cabe regular a competência interna, tanto em razão da matéria como em razão das pessoas. Acrescenta, porém, que o tribunal estrangeiro devia ser competente para decidir a questão, segundo a lei do lugar em que foi proferida a sentença (art. 1.º, § 1.º, n.º 2.º), o que parece exigir também a investigação acerca da competência interna daquele tribunal.

⁽⁷⁾ *Teoria da unidade e da universalidade da falência*, pág. 107.

Dr. Marnoco e Sousa ⁽¹⁾ que o exame do tribunal de revisão deve recair tanto sobre a competência internacional como sobre a competência interna.

Na jurisprudência portuguesa, a questão ainda não foi posta nem resolvida com nitidez. As poucas decisões em que a questão se apresentou são, em verdade, ainda incaracterísticas ⁽²⁾, não podendo dizer-se que existe uma corrente de jurisprudência neste ou naquele sentido, se bem que nessas decisões pareça ter sido seguida a doutrina de que o tribunal português deve verificar se o tribunal estrangeiro tinha competência interna.

A doutrina que nos parece exacta é a de que o artigo 1088.º se refere à competência internacional e não à competência interna. São as seguintes as nossas razões, as quais são aproximadamente as apresentadas pelos três escritores italianos acima citados.

Em primeiro lugar, no sistema de revisão e confirmação das sentenças estrangeiras seguido pelo nosso direito, que era, e ainda é, em geral, também o sistema do código italiano, o tribunal da revisão não pode conhecer do fundo da questão, apreciando-a *de meritis*, e a indagação sobre a competência interna do tribunal estrangeiro é quasi sempre inseparável, como diz Mortara, do exame e da definição da espécie de facto controvertida e, portanto, envolveria a apreciação da causa, o que seria contra a índole do sistema.

Em segundo lugar, a questão da competência ou incompetência interna do tribunal sentenciador, embora de visível importância no campo do direito público interno, é de importância mínima nas relações internacionais, não sendo natural que um Estado se preocupe com que sejam respeitadas as leis de competência dos outros Estados pelos tribunais dos mesmos Estados. De maior importância para o Estado de confirmação é sem dúvida a questão da justiça da decisão do tribunal estrangeiro, e contudo o tribunal não pode apreciar a sentença sob esse ponto de vista. Mas, se o tribunal da revisão não pode indagar se o tribunal estrangeiro applicou bem ou mal a lei substantiva competente para resolver a questão, seria um contrassenso, como nota Chiovenda, que verificasse se o juiz estrangeiro applicou com exactidão a sua própria lei de competência.

Por fim, para a confirmação das sentenças estrangeiras, exige a lei que elas tenham transitado em julgado e, sendo verdade que, segundo o nosso direito, o trânsito em julgado dá às sentenças proferidas por tribunais incompetentes, quer em razão das pessoas, quer em razão da matéria, o mesmo valor

⁽¹⁾ Ob. cit., pág. 218.

⁽²⁾ Vide Ac. R. P. 50 de março de 1906 (*Revista dos tribunais*, vol. XXIV, n.º 576, pág. 58); Ac. S. T. J., 13 de março de 1913 (*Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. XXVIII, n.º 2, pág. 30).

que elas teriam se fossem proferidas por tribunais competentes (1), não é natural que o legislador quisesse atribuir menos valor ao trânsito em julgado das sentenças estrangeiras do que ao trânsito em julgado das sentenças portuguesas, quando é certo que mandou respeitar as sentenças estrangeiras no seu elemento fundamental, isto é, na sua decisão.

Mas, assente que a investigação do tribunal da revisão deve limitar-se a verificar a competência internacional, cumpre saber qual o critério segundo o qual o mesmo tribunal há de indagar se a sentença foi proferida por um tribunal internacionalmente competente.

A investigação sobre a competência internacional do tribunal sentenciador consiste em determinar se os tribunais do Estado onde foi proferida a sentença tinham jurisdição para decidir a questão resolvida na mesma sentença.

Cada Estado tem a sua *competência jurisdicional* como tem a sua *competência legislativa*. E, assim como a competência das leis de um Estado não pode abranger todas as *relações jurídicas* que se constituem entre todos os indivíduos dos diferentes Estados, assim também a competência dos seus tribunais não pode abranger todas as *acções* que precisem de ser propostas para tornar efectivas as mesmas relações jurídicas. E' de evidência que deve haver uma teoria da divisão entre os diversos Estados da *competência das jurisdições*, como há uma teoria da divisão da *competência das leis*, tendo aquela por fim a delimitação internacional das jurisdições, como esta tem por fim a delimitação da esfera de aplicação das leis de cada Estado.

Rigorosamente, esta delimitação só pode ser feita por princípios de direito internacional.

Mas os princípios do direito internacional só existem quando são constituídos pela vontade colectiva dos Estados, e a verdade é que, no momento actual, não há princípios gerais de competência internacional constituídos por costumes internacionais ou por tratados normativos, embora haja, como vimos, tratados regulando a competência internacional sobre determinadas questões, ou regulando de modo geral a competência internacional entre um pequeno número de Estados (2).

Sendo assim, para a maior parte das questões e para a maior parte dos Estados, não há princípios de direito internacional positivo sobre a competência internacional.

Como deverão, pois, proceder os tribunais e, designadamente, os tribunais portugueses quando esses princípios faltarem?

(1) Vide Cód. de processo civil, art. 3.º, § 1.º, 106.º a 109.º, e 148.º. Este último artigo mostra claramente que a incompetência em razão da matéria não é fundamento para anular o caso julgado. Conf. Dr. Chaves e Castro, ob. cit., pág. 545.

(2) Supra, n.º 185.

Sendo assim, para que nas relações internacionais possa dar-se a excepção de lide pendente, é necessário que haja *competência internacional concorrente*, isto é, torna-se necessário que a acção possa ser proposta perante os tribunais de dois países. Isso depende, como já foi dito, dos tratados ou da lei interna de cada Estado, aos quais cabe regular a competência internacional e, portanto, dizer se determinada acção pode ser proposta em dois Estados, à escolha do autor. E essa escolha deve ter-se por legítima sempre que um tratado ou a lei interna considerem duas circunstâncias com valor igual para determinar a competência, e essas circunstâncias se verifiquem em países diferentes.

Mas, logo que exista competência internacional concorrente, poderá haver o *direito de prevenção*? A questão apresenta-se sob dois aspectos: ou se trata simplesmente de *acções propostas* em dois tribunais internacionalmente competentes, e se discute se, tendo a acção sido proposta, por exemplo, primeiro em Espanha e depois em Portugal, perante o tribunal português poderá ser deduzida a excepção de lide pendente no tribunal espanhol; ou se trata de *uma acção proposta* num país e de *uma acção julgada* noutro país, como se a mesma acção foi proposta e julgada em Espanha, e foi proposta e ainda não foi julgada em Portugal.

O primeiro aspecto relaciona-se com o valor que deva atribuir-se num país aos actos de processos praticados em outro país e, por isso, estudá-lo hemos quando nos ocuparmos do regime jurídico internacional da acção judiciária.

Limitando-nos, por agora, ao segundo aspecto da questão, parece-nos que a excepção de lide pendente pode ser deduzida no juízo de delibação, como uma excepção de incompetência.

Se o tribunal português onde correr a acção e o tribunal estrangeiro onde foi proferida a sentença eram igualmente competentes, é evidente que a preferência de competência deve fixar-se segundo o princípio da *prevenção* e que só deverá considerar-se internacionalmente competente o tribunal perante o qual a acção foi proposta em primeiro lugar.

Se, portanto, se provar que, ao tempo em que foi proposta no tribunal estrangeiro a acção de que resultou a sentença, a *mesma* acção já tinha sido proposta no tribunal português, foi este que preveniu a jurisdição, o tribunal estrangeiro ficou sendo internacionalmente incompetente e, por isso, a sentença não deve ser confirmada.

Se, ao contrário, a acção foi proposta primeiro no juízo estrangeiro, a competência internacional radicou-se nesse juízo, a sentença deve considerar-se proferida por tribunal competente, devendo ser julgada improcedente a excepção de lide pendente.

Se, porém, em vez da excepção de lide pendente, se deduzir a excepção de caso julgado, poderá esta ter efeitos no juízo de delibação?

Se o tribunal português e o tribunal estrangeiro eram igual-

ção portuguesa a confirmação de uma sentença estrangeira, correr ou já ter sido julgada em Portugal uma acção sobre a questão decidida pela sentença estrangeira, e daqui a pergunta se, perante a Relação, pode ou não ser oposta a excepção de lide pendente ou a excepção de caso julgado.

Esta questão, também muito discutida em Itália ⁽¹⁾, foi entre nós ventilada pelo Dr. Marnoco e Sousa, que a resolveu negativamente, escrevendo, em oposição à doutrina contrária: «Não nos parece admissível tal doutrina, porquanto a lei torna objecto da revisão a autoridade do caso julgado, e não fala da *litispêndencia*. Os pontos de exame do juízo de delibação são taxativamente enumerados pelo Código de processo civil. Desde o momento em que a sentença estrangeira satisfaça às condições do artigo 1088.º, encontre-se ou não a causa pendente perante um tribunal nacional, deve ser declarada executória» ⁽²⁾.

Parece-nos que a questão não pode ser resolvida com esta simplicidade.

No fundo, a excepção de litispêndencia é uma excepção de incompetência e, por isso, a sua dedução no juízo de delibação é certamente legítima, pois o artigo 1088.º, § 1.º, n.º 3.º, manda verificar se a sentença foi proferida por um tribunal competente, e na excepção de litispêndencia discute-se exactamente a competência, para conhecer do feito, ou do tribunal perante o qual se deduz, ou do tribunal que proferiu a sentença, quando se pretende que esta seja confirmada.

Mas a questão não pode ser discutida simplesmente em face da disposição do artigo 1088.º.

Tem de o ser em face dos princípios em que se funda a excepção de lide pendente, para verificar se tais princípios têm eficácia na ordem internacional.

Estes princípios são, como é sabido, o princípio da *competência electiva* e o princípio da *prevenção*. Há competência electiva, quando a lei considera igualmente competentes dois ou mais tribunais, como são o tribunal do domicílio do autor ou o tribunal da sua residência, para as acções de separação de pessoas (Cód. de processo civil, art. 21.º, n.º 4.º), e como são o tribunal do domicílio do dono do navio abalroador, ou o tribunal do lugar onde o navio for encontrado, ou o tribunal do lugar a que o mesmo navio pertencer, para as acções por perdas e danos resultantes de abalroação (Cód. de processo comercial, art. 10.º), pois o autor pode *escolher* um ou outro tribunal. Da competência electiva, deriva a legitimidade do princípio da *prevenção*, segundo o qual, entre os tribunais *concorrentemente* competentes, se considera fixada a competência do tribunal onde *primeiro* for proposta a acção.

Sendo assim, para que nas relações internacionais possa dar-se a excepção de lide pendente, é necessário que haja *competência internacional concorrente*, isto é, torna-se necessário que a acção possa ser proposta perante os tribunais de dois países. Isso depende, como já foi dito, dos tratados ou da lei interna de cada Estado, aos quais cabe regular a competência internacional e, portanto, dizer se determinada acção pode ser proposta em dois Estados, à escolha do autor. E essa escolha deve ter-se por legítima sempre que um tratado ou a lei interna considerem duas circunstâncias com valor igual para determinar a competência, e essas circunstâncias se verificarem em países diferentes.

Mas, logo que exista competência internacional concorrente, poderá haver o *direito de prevenção*? A questão apresenta-se sob dois aspectos: ou se trata simplesmente de *acções propostas* em dois tribunais internacionalmente competentes, e se discute se, tendo a acção sido proposta, por exemplo, primeiro em Espanha e depois em Portugal, perante o tribunal português poderá ser deduzida a excepção de lide pendente no tribunal espanhol; ou se trata de *uma acção proposta* num país e de *uma acção julgada* noutro país, como se a mesma acção foi proposta e julgada em Espanha, e foi proposta e ainda não foi julgada em Portugal.

O primeiro aspecto relaciona-se com o valor que deva atribuir-se num país aos actos de processos praticados em outro país e, por isso, estudá-lo hemos quando nos ocuparmos do regime jurídico internacional da acção judiciária.

Limitando-nos, por agora, ao segundo aspecto da questão, parece-nos que a excepção de lide pendente pode ser deduzida no juízo de delibação, como uma excepção de incompetência.

Se o tribunal português onde correr a acção e o tribunal estrangeiro onde foi proferida a sentença eram igualmente competentes, é evidente que a preferência de competência deve fixar-se segundo o princípio da *prevenção* e que só deyerá considerar-se internacionalmente competente o tribunal perante o qual a acção foi proposta em primeiro lugar.

Se, portanto, se provar que, ao tempo em que foi proposta no tribunal estrangeiro a acção de que resultou a sentença, a *mesma* acção já tinha sido proposta no tribunal português, foi éste que preveniu a jurisdição, o tribunal estrangeiro ficou sendo internacionalmente incompetente e, por isso, a sentença não deve ser confirmada.

Se, ao contrário, a acção foi proposta primeiro no juízo estrangeiro, a competência internacional radicou-se nesse juízo, a sentença deve considerar-se proferida por tribunal competente, devendo ser julgada imprecudente a excepção de lide pendente.

Se, porém, em vez da excepção de lide pendente, se deduzir a excepção de caso julgado, poderá esta ter efeitos no juízo de delibação?

Se o tribunal português e o tribunal estrangeiro eram igual-

(1) Ghirardini, *Rivista* cit., pág. 329 e seg.

(2) Ob. cit., pag. 211.

mente competentes em princípio, a competência pertencia afinal ao tribunal que tivesse prevenido a jurisdição. Sendo assim, torna-se evidente que, na hipótese de o tribunal português ter sido o primeiro perante o qual foi proposta a acção, a excepção de caso julgado tem todo o cabimento e a confirmação da sentença deve ser recusada, por esta haver sido proferida por tribunal incompetente.

Mas se tiver sido o tribunal estrangeiro aquele que preveniu a jurisdição?

Neste caso, temos uma sentença portuguesa contra uma sentença estrangeira, isto é, uma sentença já executável em Portugal contra uma sentença que, para aqui ser executável, precisa de ser confirmada por uma das Relações.

A questão tem sido discutida em Itália, dividindo-se a doutrina em três correntes: uns, como Ghirardini (1), entendem que a sentença nacional deve sempre prevalecer, embora a respectiva acção fôsse proposta em segundo lugar; outros, como Anzilotti (2), sustentam que deve prevalecer a sentença proferida na acção proposta em primeiro lugar, seja nacional ou seja estrangeira; Loggia (3), finalmente, entende que as duas sentenças se elidem mutuamente. A doutrina logicamente mais rigorosa parece ser a de Anzilotti, porquanto não é admissível o exercício da jurisdição por mais que um tribunal na mesma causa, e o único meio de corrigir o facto de se ter dado semelhante duplicação é dar valor à sentença proferida na causa proposta em primeiro lugar. O tribunal da *segunda causa* era internacionalmente incompetente e, por isso, a sentença proferida nessa causa deve considerar-se juridicamente sem valor.

Sendo assim, a excepção de caso julgado deve ser julgada improcedente no juízo de delibação sempre que a sentença estrangeira tenha sido proferida na acção proposta em primeiro lugar. Esta doutrina, além de lógica, terá o valor moral de evitar a *caça à sentença* (4).

206 — d) *Citação e revelia*. Em quarto lugar, diz a lei que pode ser motivo de opposição não terem sido as partes devidamente citadas, ou não se ter verificado legalmente a revelia quando deixassem de comparecer».

(1) *Rivista cit.*, tom. II, pág. 334.

(2) *Rivista cit.*, tom. V, pág. 155.

(3) *Esecuzione delle sentenze straniere*, n.º 237.

(4) O decreto italiano de 1919 (supra, pág. 628, n.º 1) determina que o tribunal do *exequatur* deve verificar se, em Itália, está pendente uma acção entre as mesmas partes e sobre o mesmo objecto (art. 1.º, § 1.º, n.º 7.º), e se a sentença estrangeira é contrária a outra sentença proferida por uma autoridade judiciária italiana também entre as mesmas partes e sobre o mesmo objecto (art. cit., § cit. n.º 6.º), o que equivale a determinar que são sempre procedentes no juízo de delibação as excepções de lide pendente e de caso julgado fundadas em acções propostas ou sentenças proferidas em tribunais italianos.

Isto significa que a confirmação de uma sentença estrangeira depende da condição de as partes terem sido *devidamente citadas* e de, quando não tenham comparecido, haverem sido *legalmente revelis*. Consideremos separadamente as duas modalidades desta nova condição.

1.º *Citação*. As partes devem ter sido devidamente citadas, diz a lei. Qual o alcance da fórmula *devidamente citadas*?

Um primeiro ponto é certo. E' que tenha havido citação. Se as partes devem ter sido devidamente citadas, é porque, com efeito, a citação é indispensável para que a sentença estrangeira se possa considerar regularmente proferida. E isto obedece ao justo princípio de que o legislador quis assegurar a discussão contraditória, como garantia das partes e como condição da decisão judicial.

Daqui deriva a conclusão segura de que não pode ser confirmada uma sentença em que não tenha havido citação, ou por se haver omitido, ou por a lei do país onde a sentença foi proferida a não exigir (1). Consagrou, por isso, a boa doutrina o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de agosto de 1898, julgando que não deve ser confirmada a sentença de tribunal estrangeiro desde que do processo conste que não houve primeira citação (2).

Mas será suficiente *qualquer forma de citação*, pessoal ou edital, ou será indispensável que se tenha verificado *uma certa forma de citação*?

As legislações é os tratados têm adoptado três fórmulas de disposição, ao regular a exigência da citação como requisito da confirmação das sentenças estrangeiras. Uma vez, como faz a lei austríaca de 1 de janeiro de 1898 (art. 8.º, n.º 2.º), indicam as condições que deve revestir a citação, exigindo aquela lei a citação na própria pessoa do réu (3); outras vezes, como fazem a lei portuguesa e a lei italiana (Cód. de processo civil, art. 941.º), limitam-se a exigir que as partes tenham sido *devidamente* (lei portuguesa) ou *legalmente* (lei italiana) citadas; outras vezes, finalmente, determina-se, como faz o tratado de Montevideo (art. 5.º, alínea c) que o réu tenha sido legalmente citado, conforme a lei do país onde foi proferida a sentença.

A primeira e a última fórmulas são nítidas no sentido de a primeira exigir que se verifique se houve citação pessoal e de a última se contentar que se tenha observado, quanto à forma da citação, a lei do tribunal sentenciador.

Mas a fórmula intermediária? Terá o significado da primeira ou o da última fórmula?

(1) Anzilotti, *Rivista*, v, pág. 143; Moriara, ob. cit., n.º 39.

(2) *Revista de Leg. e de Juris*, ano XXXVIII, n.º 1649, pág. 282.

(3) Weiss, ob. cit., pág. 155 e 156.

Parece-nos que tem o significado da última fórmula. Quando o legislador diz simplesmente que as partes devem ter sido devidas ou legalmente citadas, quer, certamente, significar que tenha havido citação feita em harmonia com a lei competente para regular a forma do processo, e é doutrina corrente que a forma do processo é regulada pela *lex fori*. A doutrina legal é, pois, que deve ter havido citação, mas a espécie de citação é determinada pela lei do país onde correu a acção.

Não devemos, porém, oculiar que consideramos melhor o sistema austríaco, no caso de o réu ter sido revel na acção, para haver a certeza de que ele não compareceu porque não quis ⁽¹⁾.

Contudo, uma vez assente que a espécie de citação é determinada pela lei do país onde correu a acção, a forma da citação é regulada pela lei do país onde a citação é feita. É uma aplicação natural do princípio *locus regit actum*, seguido, por exemplo, pela convenção da Haia de 17 de julho de 1905 sobre processo civil, quanto à execução de notificações ou de rogatórias vindas de país estrangeiro (art. 3.º e 14.º).

Sendo assim, se a citação tiver sido feita em Portugal, deve tê-lo sido em harmonia com a lei portuguesa, sob pena de não poder considerar-se devidamente feita, como bem decidiu o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de abril de 1913 ⁽²⁾.

2.º *Revelia*. O réu, devidamente citado, pode não comparecer em juízo e o autor ou o réu, embora já tenham comparecido, podem deixar de acompanhar a acção nos termos estabelecidos pela lei. Verifica-se então a *revelia*, que não se considera, em geral, como constituindo obstáculo a que a acção continue e seja julgada (Cód. de processo civil, art. 200.º).

A revelia não foi considerada pelo nosso legislador como causa de não confirmação de uma sentença estrangeira, pois o Código de processo apenas exige que a revelia se tenha verificado legalmente.

¿Qual, porém, a lei segundo a qual a revelia deverá ter-se verificado? A doutrina a seguir aqui é a mesma que adoptámos acerca da lei reguladora da citação. A revelia deve ter-se verificado em harmonia com a lei do país onde correu a acção. A teoria da revelia é uma continuação da teoria da citação e, por isso, a competência legislativa a respeito de uma deve ser a competência legislativa a respeito da outra.

(1) O citado decreto italiano insere a disposição (art. 1.º, § 3.º) de que, tendo o réu sido revel na acção, e também no juízo de delibação, a sentença não poderá ser confirmada, se, neste juízo, a citação lhe não tiver sido notificada pessoalmente. Esta providência equivale, em certo modo, à garantia estabelecida pela lei austríaca.

(2) *Gazeta* cit., ano 27.º, pág. 685.

207—e) *Leis de ordem pública*. É motivo de opposição à confirmação das sentenças estrangeiras o *conterem* e, portanto, é condição de confirmação o *não conterem decisões contrárias ao direito público português, ou ofensivas dos princípios de ordem pública*.

Nada temos que acrescentar neste lugar ao que acima deixamos dito a respeito da acção inibitória das leis de ordem pública, acerca do critério da sua determinação e relativamente às leis que devem assim considerar-se.

Uma questão específica suscita, porém, a acção inibitória das leis de ordem pública no que se refere à confirmação das sentenças estrangeiras. Consiste essa questão em determinar se uma sentença estrangeira deverá considerar-se contrária às leis portuguesas de ordem pública internacional quando tenha aplicado uma lei que não era a lei competente para regular a relação jurídica discutida na acção.

Supunhamos, por exemplo, que se tratava, na acção, de uma obrigação convencional e que o tribunal estrangeiro, em vez da lei do lugar da celebração do contrato, que é a lei competente segundo o direito português (Código comercial, art. 6.º, n.º 1.º), aplicou a lei do lugar da execução, como dispõe o tratado de Montevideo sobre direito civil internacional, de 12 de fevereiro de 1889 (art. 33.º e seg.). ¿Deverá o tribunal negar por esse motivo a confirmação da sentença?

A questão nasce de as *normas de conflitos de leis* serem evidentemente leis de direito público, pela razão singela de delimitarem a esfera de aplicação das leis de um Estado em relação às leis dos outros Estados, isto é, de estabelecerem a repartição internacional da competência legislativa. Em verdade, se as normas de conflitos são leis de direito público e se um tribunal estrangeiro aplicou uma lei diferente daquela que mandam aplicar as normas de conflitos da *lex fori*, parece que a sentença assim proferida é contrária a uma lei de ordem pública e que, portanto, não deve ser confirmada. Vejamos, pois, qual deva ser a solução.

Que nos conste, a questão ainda não foi ventilada entre nós, nem na jurisprudência nem na doutrina. Foi, porém, discutida na jurisprudência e na doutrina estrangeira, constituindo uma das questões mais interessantes do direito internacional privado neste momento.

A jurisprudência estrangeira é vacilante. Assim, emquanto a jurisprudência francesa mais recente tem considerado como contrárias à ordem pública as sentenças estrangeiras que não aplicaram a lei competente segundo as regras de conflitos do país da revisão, a jurisprudência suíça tem julgado em sentido contrário ⁽¹⁾.

(1) *Revue Darras — de Lapradelle*, 1913, pág. 920.

Doutrinalmente a questão tem sido considerada ora *de jure constituendo*, ora *de jure constituto*, em face dos textos que exigem que a sentença estrangeira não contenha decisões contrárias às leis de ordem pública.

Sob o primeiro aspecto, ocupa-se da questão Pillet, sustentando a opinião de que a não aplicação da lei competente deve constituir um obstáculo à confirmação das sentenças estrangeiras, mas funda esse obstáculo mais numa razão de *lógica jurídica*, do que numa razão de *ordem pública* ⁽¹⁾.

Sob o segundo aspecto, foi a questão ventilada na Itália por Fusinato, Anzilotti, Ottolenghi e Diena, em face do antigo artigo 941.º, n.º 4.º, do Código de processo civil, que impunha ao tribunal do *exequatur* o dever de examinar se a sentença continha disposições contrárias à ordem pública e ao direito público interno do Estado, como ainda hoje o determina o § 3.º do artigo 1.º do decreto de 20 de julho de 1919, decidindo-se os três primeiros no sentido de que o texto não consentia que fosse rejeitada a confirmação de uma sentença estrangeira por não haver aplicado a lei competente segundo as normas de conflitos da lei italiana. As razões de tal solução foram formuladas por Fusinato e Anzilotti, notando o primeiro que a exigência de que o tribunal estrangeiro tenha aplicado a lei competente é incompatível com o princípio fundamental do sistema da delibação, que priva o juiz de rever o conteúdo da sentença, e escrevendo o segundo: «Esta interpretação corresponde exactamente à letra e ao espírito da disposição: à letra, pois a lei fala de *disposições contidas na sentença* e, por isso, limita claramente a indagação à *própria* sentença de que se pede o reconhecimento e a execução no reino; ao espírito, porque as exigências fundamentais da nossa ordem jurídica ficam salvaguardadas quando se tenha verificado que o estado de direito que se pretende ver reconhecido e efectuado pelos nossos magistrados e sob a égide das nossas leis não se encontra em contradição com estas exigências, ainda que eventualmente derive de princípios opostos aos que deveria ter aplicado o juiz italiano» ⁽²⁾.

A doutrina de Fusinato, Anzilotti e Ottolenghi era, em nosso entender, a única sustentável em face do antigo texto do código italiano, e, portanto, também em face do nosso Código, cuja fórmula é tão semelhante à fórmula italiana. Com efeito, não só a lei se limita a dizer que não devem ser contrárias às leis

de ordem pública as *decisões da sentença*, isto é, o próprio preceito da sentença, mas, investigar se o juiz estrangeiro aplicou ou não a lei competente, envolveria o exame do mérito da sentença, e esse exame é contrário ao princípio que domina o sistema da delibação, que é o sistema da nossa lei

Mas, em face do nosso Código, há uma razão a mais, e decisiva. Deriva tal razão do n.º 6.º do § 1.º do artigo 1088.º do Código de processo civil. Nesse n.º 6.º declara-se que é motivo de oposição à confirmação de uma sentença estrangeira ser esta proferida contra algum súbdito português em oposição aos princípios do direito civil português, quando por este devesse ser resolvida a questão. Trata-se, evidentemente, de um caso em que a Relação tem de verificar se foi aplicada a lei competente. Ora é bem de ver que, se o legislador entendesse que no preceito genérico do n.º 5.º se compreendia a indagação sobre se o juiz estrangeiro aplicou ou não a lei competente, não tinha razão de ser o n.º 6.º, e, portanto, deve concluir-se que a existência deste n.º 6.º exclui a ideia de que o legislador considerasse a não aplicação da lei competente pelo juiz estrangeiro como um facto contrário às leis portuguesas de ordem pública ⁽¹⁾.

208—f) *Direito civil português aplicável*. A sentença estrangeira cuja confirmação se pede aos tribunais portugueses pode ser proferida contra um cidadão português. Neste caso, manda a lei (art. 1088.º, § 1.º, n.º 6.º) que a sentença não seja confirmada, se estiver em oposição aos princípios do direito civil português e se por este devesse ser resolvida a questão. Esta condição de confirmação das sentenças estrangeiras só tem, pois, lugar: 1.º) quando na acção tenha intervenido um português; 2.º) quando a sentença tenha sido proferida contra ele; 3.º) quando a sentença seja contrária aos princípios do direito civil português; 4.º) quando este direito fôsse competente para resolver a questão.

O primeiro e o segundo requisitos são questões de facto, de fácil averiguação. O terceiro é uma questão de direito, mas que se resolve com a simples comparação da sentença com as regras do direito português que um juiz português aplicaria para resolver a questão. O quarto, porém, envolve uma investigação um pouco mais delicada, merecendo por isso algum desenvolvimento.

⁽¹⁾ A consideração feita no texto, em face do n.º 6.º do § 1.º do artigo 1088.º do Código de processo civil, é hoje procedente em face do artigo 1.º, § 1.º, n.º 1.º, do decreto italiano de 1919, o qual manda ter em particular consideração as disposições do título preliminar do Código civil, quando as sentenças estrangeiras tenham sido proferidas contra um cidadão italiano, pois que é no título preliminar do Código civil que se estabelecem as regras de competência legislativa e se determinam, portanto, as leis aplicáveis às relações jurídicas de que sejam sujeitos cidadãos italianos. Neste ponto, o sistema italiano é, pois, hoje semelhante ao sistema português.

⁽¹⁾ *Revue Darras — de Lapradelle*, vol. e log. cit.; *Principes*, pág. 442.

⁽²⁾ Vide Fusinato, *Esecuzione delle sentenze straniere*, pag. 85; Anzilotti, *Il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio in ordine alla seconda convenzione dell'Aia 12 Giugno 1912*, n.º 35; Ottolenghi, *Gli atti della giurisdizione straniera e la loro efficacia in Italia*, pág. 8, nota 2. Diena decidiu-se em sentido contrario, pela razão de que as regras de conflitos de leis são de direito público (*Diritto int. privato*, pag. 419).

A competência da lei portuguesa para resolver a questão decidida na sentença tem de ser determinada em face de um sistema de normas de conflitos de leis, isto é, um sistema de direito internacional privado. Dois sistemas de normas de conflitos de leis se encontram, porém, um em face do outro, o sistema de normas de conflitos de leis do Estado em que foi proferida a sentença, e o sistema de normas de conflitos de leis do direito português. Qual será, pois, o sistema de direito internacional privado que a Relação deverá aplicar? Será o sistema do Estado do tribunal sentenciador, ou o sistema do direito português? Em poucas palavras, a competência da lei portuguesa deverá determinar-se em face do direito internacional privado português ou em face das regras de competência legislativa estrangeiras?

O Dr. Marnoco e Sousa, versando esta questão, seguiu a opinião de que a Relação deve aplicar as normas de conflitos de leis do Estado onde foi proferida a sentença (1).

Semelhante doutrina é, em nosso critério, indefensável. Depois de tudo que temos dito acerca do significado e do valor das regras de direito internacional privado formuladas pelas leis internas de cada Estado, a única solução lógica da questão é que a competência da lei portuguesa para regular a questão decidida na sentença deve ser determinada em face das normas de conflitos de leis do direito português. Em verdade, se, como por mais de uma vez temos dito, as normas de conflitos de leis formuladas pelas leis internas de cada Estado representam para esse Estado o verdadeiro direito internacional, devem as mesmas normas ser as únicas aplicadas pelos tribunais do mesmo Estado, como verdadeiras leis de direito público, enquanto delimitam a esfera da competência legislativa do Estado em relação aos outros Estados (2).

Sendo assim, os tribunais portugueses não podem aplicar outras normas de conflitos de leis estabelecidas em leis internas que não sejam as estatuídas pelas leis portuguesas e, portanto, é em face do sistema de direito internacional privado português que eles têm de determinar, para o efeito do n.º 6.º do § 1.º do artigo 1088.º do Código de processo civil, se o direito civil português era aplicável à questão resolvida na sentença.

Qual será, porém, o alcance da fórmula *direito civil português*, que se lê naquele preceito do Código de processo?

A fórmula *direito civil* tem claramente a mesma extensão que a fórmula *direitos civis* do artigo 31.º do Código civil e, portanto, deve entender-se que a fórmula significa o mesmo que *direito privado*, em virtude da mesma ordem de considerações

que nos autorizam a considerar a fórmula *direitos civis* equivalente à fórmula *direitos privados* (1).

E, ainda para o efeito de determinar o alcance do n.º 6.º do § 1.º do artigo 1088.º, devemos dizer que, em nosso critério, pela fórmula *princípios de direito civil português*, o legislador quis significar os *preceitos do direito privado português*, e não, como entendia o Dr. J. M. Barbosa de Magalhães, *as regras dominadoras e abstratas do direito privado e seus institutos*, das quais aquele juriconsulto distinguia as *disposições* do mesmo direito. Eis a sua doutrina: «Convém notar que uma coisa são os *princípios* de direito civil ou comercial, que constituem regras dominadoras e abstratas de todo esse direito e seus institutos, e outra as *disposições* de qualquer desses ramos de direito, isto é, as conseqüências daqueles princípios, as regras concretas, que deles se deduzem. O n.º 6.º do artigo 1088.º, § 1.º, só se refere àqueles princípios, e não abrange portanto as simples disposições legais» (2).

Consideramos esta doutrina inaceitável, por duas razões que nos parecem decisivas: 1.ª) os princípios do direito civil português são indiscutivelmente os princípios que o legislador português aceitou e *traduziu* nos preceitos que formulou, não podendo, claramente, estabelecer-se diferença entre os *princípios* e os *preceitos*, pois os preceitos são a manifestação dos princípios; 2.ª) porque, como o legislador não formula *princípios*, mas *preceitos*, se se admitisse que eram princípios e não preceitos de direito português que o tribunal estrangeiro devia ter respeitado, o resultado seria que cada juiz suporia o direito privado português informado por princípios diferentes, e portanto o arbítrio dos tribunais.

209 — O Código de processo civil indica as condições de confirmação das sentenças estrangeiras sob a forma de *motivos de opposição* à confirmação, e daí a questão discutida na doutrina e na jurisprudência se as Relações podem e devem conhecer de ofício da existência dessas condições.

A doutrina pode dizer-se que tem sido unânime no sentido de que as Relações podem e devem conhecer officiosamente das condições de legitimidade da confirmação das sentenças estrangeiras.

É certo que o Dr. Dias Ferreira sustentou primeiro a doutrina contrária (3), mas, no *Código de processo civil anotado* (4), seguiu a doutrina da competência officiosa.

E neste último sentido se pronunciaram o Dr. Chaves e

(1) Vide supra, n.º 170.

(2) Ob. cit., III, pág. 284.

(3) *Boletim dos Tribunais*, tom. I, pág. 494.

(4) Tom. III, pág. 41.

(1) Ob. cit., n.º 85.

(2) Vide supra, n.ºs 20, 156 e 159.

Castro ⁽¹⁾, o Dr. Marnoco e Sousa ⁽²⁾ e a Gazeta da Relação de Lisboa ⁽³⁾.

A jurisprudência tem tido uma ou outra hesitação, mas sempre se pronunciou preponderantemente no sentido da competência oficiosa, devendo considerar-se hoje fixada nesse sentido. Em verdade, se o acórdão da Relação de Lisboa de 11 de maio de 1901 ⁽⁴⁾ e o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de maio de 1912 ⁽⁵⁾ decidiram que as Relações não podiam conhecer oficiosamente das irregularidades indicadas no § 1.º do artigo 1088.º do Código de processo civil, constituindo essas irregularidades meros motivos de opposição a alegar pela parte ou pelo ministério público, decidiram em sentido contrário os acórdãos da Relação de Lisboa de 7 de dezembro de 1892 ⁽⁶⁾, de 26 de janeiro de 1907 ⁽⁷⁾ e de 29 de julho de 1911 ⁽⁸⁾, e os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de julho de 1886 ⁽⁹⁾ e de 8 de abril de 1913 ⁽¹⁰⁾. Este último acórdão foi proferido sobre embargos opostos ao acórdão anterior de 4 de maio de 1912, firmando assim a jurisprudência do Supremo Tribunal no sentido de que às Relações «cumpre sempre ter em vista os fundamentos de opposição indicados nos diferentes números do § 1.º do artigo 1088.º do Código de processo civil, ainda que os interessados, ou o ministério público, se não tenham formalmente oposto à revisão e confirmação (cit. cód., art. 1089.º), porque tais fundamentos são de interesse e ordem pública, e não podem ser arbitrariamente preteridos».

Entendemos também que é esta a verdadeira doutrina.

Em primeiro lugar, não pode haver dúvida de que a revisão é estabelecida no interesse do Estado e, por isso, deve pertencer aos juizes conhecer oficiosamente de qualquer das circunstâncias que podem servir de motivo de opposição. É o que mostram à evidência os n.ºs 3.º, 4.º, 5.º e 6.º do § 1.º do artigo 1088.º, pois a competência internacional do tribunal estrangeiro, a falta de citação, a opposição às leis de ordem pública e a não observância de uma norma de conflitos portuguesa que mandava aplicar o direito privado português à resolução da questão decidida na sentença, são claramente assuntos de interesse público, e deles deve o tribunal conhecer

(1) Ob. cit., pág. 710, nota 1.

(2) Ob. cit., pág. 200.

(3) Ano 25.º, n.º 99, pág. 787.

(4) *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 14, n.º 96, pag. 761.

(5) Na *Gazeta* cit., ano 25.º, n.º 99, pág. 787.

(6) *Gazeta* cit., vol. VI, pag. 451.

(7) *Gazeta* cit., ano 21, n.º 24, pag. 186.

(8) *Gazeta* cit., vol. XXV, n.º 99, pag. 787.

(9) *Direito*, ano 24, pág. 135.

(10) *Gazeta* cit., ano 27, n.º 86, pag. 683.

oficiosamente, como conhece da nulidade provinda da falta de primeira citação (art. 131.º, § único) e da incompetência em razão da matéria (art. 3.º, § 2.º).

Em segundo lugar, é a mesma doutrina confirmada, como se nota no acórdão do Supremo Tribunal de 6 de julho de 1886, pelo preceito do artigo 1089.º do Código de processo civil. Com efeito, aquele artigo determina que, em seguida à contestação ou findo o prazo para ela, e depois de continuado o processo com vista às partes e ao ministério público, irá concluso ao relator e aos quatro juizes seguintes para o visto, e será julgado em conferência, *concedendo-se ou negando-se a confirmação* por três votos conformes. Vê-se deste preceito que, haja ou não haja opposição, a confirmação pode ser concedida ou negada e, portanto, ainda pode ser negada quando não haja opposição. Mas a confirmação só poderá ser negada por algum dos motivos indicados no artigo 1088.º e, por isso, parece evidente que o tribunal deve conhecer desses motivos oficiosamente.

Em terceiro lugar, se é certo que o Código de processo civil apenas se refere a condições de legitimidade da confirmação a propósito da opposição da parte, é igualmente certo que isso se deve considerar como representando um sistema defeituoso de apresentar essas condições, e não significa que o tribunal delas não possa conhecer oficiosamente. O legislador partiu da hipótese mais freqüente de o interessado apontar as irregularidades que pode haver na sentença, para formular a sua defesa, e, por isso, falou daquelas condições quando se referiu à opposição da parte. Não pode, porém, esquecer-se que nenhuma sentença estrangeira pode produzir efeitos em Portugal sem ser *revisada e confirmada* por alguma das Relações, como expressamente se diz no artigo 1087.º do Código de processo civil, e que, portanto, a Relação, antes de *confirmar*, tem de *rever*, haja ou não opposição, porque a lei não distingue, e rever a sentença não pode consistir em outra coisa que não seja verificar se se realizaram as condições cuja falta o legislador aponta como meios de opposição.

Portanto, o significado natural do artigo 1088.º é que *pode* servir de fundamento de opposição à confirmação da sentença a falta das condições que, na revisão, a Relação *deve* verificar. Assim interpretado, o nosso Código concorda com o código italiano, que foi a sua fonte e onde claramente se vê (art. 941.º) que o tribunal da revisão *deve* verificar oficiosamente se se dão as condições necessárias para a confirmação da sentença ⁽¹⁾.

(1) Vide *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 45.º, n.º 1904, pag. 181.

Vimos acima que a jurisprudência dos nossos tribunais tem, por vezes, entendido que o trânsito em julgado das sentenças estrangeiras se *presume* até prova em contrário (1).

Esta jurisprudência conduz-nos a discutir a questão geral se, e em que termos, as Relações podem presumir verificadas as condições de que depende a confirmação das sentenças estrangeiras.

A resolução desta questão deve assentar no duplo princípio de que o juízo da revisão deve inquirir oficiosamente da verificação dos requisitos da confirmação e de que a sua liberdade de investigação não é limitada pelo que afirma o juiz estrangeiro (2).

Firmados estes princípios, vejamos em que e quando será legítima uma presunção.

É evidente que a presunção não pode ter lugar a respeito daquelas condições cuja regularidade depende da aplicação da lei portuguesa. É o que acontece claramente quanto à competência internacional do tribunal (n.º 3.º), quanto à conformidade da sentença com as leis portuguesas de ordem pública (n.º 5.º), e quanto à aplicação do direito privado português, na hipótese de a sentença haver sido proferida contra um português, e de a questão decidida na sentença dever ser resolvida pela lei portuguesa. Quanto a esses pontos, nenhuma presunção é legítima. As Relações devem verificar se o tribunal estrangeiro era competente segundo a lei portuguesa, se a sentença contraria ou não o direito público português e as leis de ordem pública, e bem assim se a questão foi ou não resolvida em conformidade com a lei portuguesa, se por esta lei devesse ser resolvida.

Também não há possibilidade de presunção a respeito da inteligência do documento de que consta a sentença, assim como a não pode haver a respeito da existência ou não existência de citação para a causa. A sentença é ou não é, por si, inteligível, e a realização da citação tem de constar da sentença ou dos documentos que a acompanhem, sem o que o tribunal não deve confirmar a sentença, pois o n.º 4.º exige terminantemente que as partes tenham sido citadas. Importa, porém, notar que a realização da citação pode constar da sentença por *modo indirecto*, se na sentença se dá conta de articulados ou de alegações do réu, o que claramente indica que êle foi citado para a causa.

Resta averiguar se é legítima qualquer presunção a respeito da autenticidade do documento, a respeito do trânsito em julgado, e a respeito da regularidade da citação e da verificação da revelia.

A legalidade da sentença sob cada um destes pontos tem

(1) Vide supra, n.º 204.

(2) Vide *Rivista di diritto internazionale*, 1910, pág. 146.

de ser apreciada em harmonia com a lei do país onde correu a acção. Ao juízo da revisão cabe, certamente, o direito de verificar se essa lei foi cumprida, por isso que a sua acção não está dependente do que afirma qualquer oficial público ou juiz estrangeiro. Contudo, um certo grau de presunção é legítimo acêrca da regularidade de cada um daqueles pontos. Assim: quanto à autenticidade do documento, a *legalização* dêste pelas autoridades portuguesas ou a sua remessa pela via diplomática poderá considerar-se garantia da mesma autenticidade; quanto ao trânsito em julgado, desde que dos documentos apresentados com a sentença conste que esta transitou ou conste a prática de um acto que suponha o trânsito em julgado, poderá presumir-se que a sentença transitou em harmonia com a *lex fori* da acção; e, quanto à regularidade da citação e da revelia, também é legítima a sua presunção, baseada no conhecimento que o juiz estrangeiro deve ter da sua própria lei e no cuidado que lhe deve ter merecido a aplicação da mesma lei.

Se, porém, o interessado levantar dúvidas acêrca da existência ou da regularidade das condições sobre que a presunção nos parece legítima, a presunção cessa e o tribunal deve inquirir dessa regularidade, mesmo que o interessado não prove aquilo que alega, pois se trata, não de uma presunção em sentido técnico, que deva prevalecer até prova em contrário, presunção que a lei não estabelece, mas de uma *simples suposição*, que o tribunal deve pôr de parte logo que se levantem dúvidas a seu respeito (1).

210 — IV — *Competência e forma de processo.* Para concluirmos o regime geral do nosso direito acêrca do reconhecimento das sentenças proferidas por tribunais estrangeiros, resta-nos determinar o tribunal competente para rever e confirmar essas sentenças e indicar o processo a seguir nessa confirmação.

a) *Tribunal competente para rever e confirmar as sentenças de tribunais estrangeiros.* As sentenças de tribunais estrangeiros não são exequíveis em Portugal de pleno direito. Precisam de ser revistas e confirmadas por um tribunal português, num processo adequado a verificar se elas satisfazem às condições da regularidade internacional indispensável à exequibilidade.

Os tribunais portugueses com jurisdição para rever e confirmar as sentenças estrangeiras são as Relações (Cód. de processo civil, art. 39.º, n.º 6.º, 805.º e 1087.º).

A Relação competente para rever e confirmar uma determinada sentença tem de determinar-se em harmonia com o § único do artigo 1087.º do Código de processo civil, assim

(1) *Rivista cit.*, pág. 146, nota 2

formulado: «Para esta revisão e confirmação é competente a Relação do distrito em que o réu tiver domicílio, ou em que estiverem situados os bens, se o réu não tiver domicílio no reino».

A lei estabelece, pois, duas regras de competência: 1.º) É competente a Relação do domicílio do réu; 2.º) Se o réu não tiver domicílio em Portugal, é competente a Relação da situação dos bens.

1.º) Dada a ordem por que estão estabelecidas as duas regras de competência, vê-se claramente que a *regra fundamental* é a da competência da Relação do domicílio do réu. A competência da Relação da situação dos bens é uma *regra subsidiária*.

¿Mas se, em princípio, se atende ao *domicílio do réu*, o que entenderá a lei pela palavra *réu*? Será a parte que foi réu na acção em que a sentença foi proferida, ou será a parte contra quem se pretende executar a sentença?

Na maior parte dos casos, a parte contra quem se pretende o *exequatur* será o réu na acção. Casos pode haver, porém, em que o *exequatur* pode ser pedido contra a parte que foi autor. É o que acontece designadamente com as sentenças de *condenação em custas*, quando o autor é vencido, sentenças cuja execução é prevista e regulada pelo artigo 19.º da convenção da Haia de 17 de julho de 1905.

Sendo assim, deve entender-se que a fórmula *domicílio do réu* significa o mesmo que domicílio da pessoa contra quem é requerido o *exequatur*.

Só entendendo a lei d'este modo, se poderá tornar efectivo o princípio geral da exequibilidade em Portugal das sentenças estrangeiras sobre direitos civis e se poderá dar plena execução àquela convenção internacional.

¿E, se a sentença tiver sido proferida contra diversos indivíduos, estes estiverem todos domiciliados em Portugal, mas em distritos de diferentes Relações, qual será a Relação competente?

À falta de regra especial de competência, deve aplicar-se a regra estabelecida no § único do artigo 16.º do Código de processo civil, que, no caso de haver vários réus na mesma causa, manda demandá-los no domicílio do maior número, ou deixa ao autor a escolha do domicílio de qualquer dos réus, se houver igual número de réus em diferentes domicílios.

2.º) No caso de o réu não ter domicílio em Portugal e de a competência ter de determinar-se pela situação dos bens, pode acontecer que estes se encontrem situados nos distritos de diferentes Relações. ¿Qual deverá ser em tal caso a Relação competente? A lei não previu directamente a hipótese, mas, por analogia do que dispõe o art. 21.º, § 4.º, n.º 2.º, acerca do juízo competente para executar a sentença depois de revista e confirmada, determinando que, no caso de os bens existirem em mais

de uma comarca, o autor poderá executar a sentença em qualquer delas, deve entender-se que o *exequatur* pode ser requerido a qualquer das Relações em cujo distrito os bens existirem. Assim o tem entendido justamente a doutrina ⁽¹⁾ e a jurisprudência ⁽²⁾.

Para completar a teoria legal da competência do tribunal para rever e confirmar as sentenças estrangeiras, importa considerar o caso de o réu não ter domicílio em Portugal, nem haver bens sítos no país. ¿Ainda em tal caso será possível a revisão? E, sendo-o, qual a Relação competente para a ela proceder?

Os Drs. Chaves e Castro ⁽³⁾ e Eduardo Carvalho ⁽⁴⁾, considerando a questão, afirmaram peremptoriamente que era impossível a revisão e confirmação, e o Dr. Marnoco e Sousa ⁽⁵⁾ afirmou, também peremptoriamente, que as Relações não têm competência para a revisão e confirmação.

Creemos, porém, que a questão não pode resolver-se com tanta simplicidade. A revisão e confirmação das sentenças estrangeiras pode ser necessária em casos em que o réu não tenha domicílio em Portugal nem haja bens situados neste país, para que o indivíduo possa exercer um direito reconhecido pelas leis portuguesas. Assim, por exemplo, um português casa em Portugal com uma estrangeira, o casamento é anulado em país estrangeiro, não há bens em Portugal, a mulher continua a viver no estrangeiro e o marido pretende averbar a sentença de anulação do casamento nos livros do registo do estado civil, para que a sentença produza os seus efeitos, nos termos do artigo 235.º do Código do registo civil. A sentença, porém, não pode ser averbada sem ser revista e confirmada, como dispõe o artigo 244.º do mesmo Código. Ora, a seguir-se a doutrina de que a revisão era impossível, por não haver tribunal competente para a realizar, seguia-se que os interessados não tinham meio de tornar efectivos os direitos que resultam da anulação do casamento, como é, v. g., a realização de um novo casamento, o que iria de encontro à regra do artigo 12.º do Código civil, onde se determina que «toda a lei, que concede um direito, legitima os meios indispensáveis para o seu exercício».

Felizmente, esta consequência, que assim contrariava um dos princípios fundamentais do nosso direito, foi evitada pela

(1) Dr. Marnoco e Sousa, ob. cit., pág. 239; Dr. Dias Ferreira, *Código de processo civil anotado*, tom. I, pág. 56; Dr. Chaves e Castro, ob. cit., pág. 712.

(2) Acórdão de S. T. J. de 18 de agosto de 1891 (no *Boletim dos tribunais*, VI ano, n.º 262, pág. 692).

(3) Ob. cit., pág. 712.

(4) Ob. cit., pág. 105.

(5) Ob. cit., pág. 239.

jurisprudência, pois que, aparecendo a questão no foro, o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 27 de junho de 1902⁽¹⁾, decidiu que, não estando o réu domiciliado em Portugal nem havendo bens sítos neste país, era competente para rever e confirmar as sentenças estrangeiras qualquer das Relações.

Parece-nos legítima a jurisprudência de atribuir competência às Relações para rever e confirmar sentenças estrangeiras mesmo na hipótese em discussão, para salvar o princípio consagrado no artigo 12.º do Código civil, mas parece-nos também que hoje, por virtude do disposto no § 1.º do artigo 16.º do Código de processo civil, introduzido pelo decreto n.º 4618, de 13 de julho de 1918, se o autor tiver domicílio em Portugal, deve requerer a revisão e confirmação da sentença no foro do seu domicílio. Em verdade, o preceito daquele parágrafo, que é de carácter geral, deve aplicar-se a todos os processos e a todos os tribunais, como regra *subsidiária* de determinação da competência, quando esta tenha de fixar-se pelo domicílio ou por alguma circunstância que substitua o domicílio, e falem tanto o domicílio como essa circunstância.

E ainda nos parece que, admitida a doutrina, que consideramos irrecusável, de que estão sujeitas a revisão e confirmação as sentenças que se não referem a uma relação jurídica patrimonial, para semelhantes sentenças não tem razão de ser a competência determinada pela situação dos bens, e, por isso, se nos afigura lógica a solução de que, quanto às mesmas sentenças, na falta de domicílio do réu em Portugal, a competência pertence à Relação do domicílio do autor e, não estando este domiciliado em Portugal, a qualquer das Relações. A situação dos bens deve apenas determinar a competência quando se trate de sentenças que a bens se refram.

b) *Forma do processo.* A forma do processo da revisão e confirmação das sentenças proferidas por tribunais estrangeiros é matéria de puro direito interno, por aplicação da regra geral de que a forma do processo é regida pela *lex fori*. Não trataremos, por isso, *ex professo*, do processo da revisão e confirmação, limitando-nos a fazer algumas notas de carácter internacional que podem influir quer sobre o início e marcha do processo, quer sobre o destino e valor das sentenças depois de revistas e confirmadas.

1.º) *Apresentação da sentença.* O primeiro acto do processo da revisão e confirmação é a apresentação da sentença à Relação competente.

Poderá, porém, a sentença ser apresentada *directamente* pelo interessado, ou deverá a sentença ser transmitida pela *via diplomática*?

A lei não exige, como fez para as rogatórias (Cód. proc.

(1) *Gazeta* cit., ano XXVI, n.º 42, pág. 342.

civ., art. 89.º), que elas sejam transmitidas pela via diplomática, e, por isso, podem ser apresentadas directamente ao tribunal⁽¹⁾.

Pode, porém, a execução de uma sentença estrangeira ser solicitada pela via diplomática, visto que a lei o não proíbe, nem o poderia proibir. Em tal caso, poderá a sentença ser enviada oficialmente à Relação competente, para esta a rever e confirmar, devendo os interessados apresentar-se perante o tribunal para satisfazerem as despesas preliminares e promoverem o andamento do processo⁽²⁾.

2.º) *Forma de apresentação da sentença.* Não diz a lei explicitamente sob que forma deve ser apresentada a sentença, e daí a dúvida sobre se devem ser apresentados os próprios autos, se basta uma *carta de sentença*, ou se basta mesmo uma *certidão da sentença*.

Em acórdão de 12 de junho de 1888, julgou a Relação do Porto que deviam ser apresentados os *autos originais* e, em acórdãos de 11 de novembro de 1904, 4 de abril de 1905 e 8 de fevereiro de 1916⁽³⁾, julgou a mesma Relação que não basta apresentar uma simples *certidão* da sentença, tornando-se necessária uma *carta de sentença*. Qual será a doutrina legal?

Entendemos que é indispensável, mas basta, uma carta de sentença ou documento equivalente, isto é, um documento expedido pelo tribunal que proferiu a sentença, em que esta se contenha.

Por um lado, a apresentação dos autos originais, não só não é necessária, por o tribunal não precisar de conhecer todas as peças do processo, mas tornaria impossível a execução da sentença, se, como é regra, a lei do país de origem da sentença proibisse a saída do processo do respectivo arquivo.

Por outro lado, a sentença estrangeira é submetida a revisão e confirmação para constituir um *título*, o Código de processo civil considera título a carta de sentença e não a certidão da mesma sentença (art. 801.º), e o que se executa perante os tribunais ou perante as autoridades portuguesas é a própria sentença estrangeira, embora confirmada por um tribunal português, e não a sentença de um tribunal português.

E, em apoio da consideração de que o *documento* deve ser uma carta de sentença, e não uma simples certidão, ainda se pode invocar a consideração de que, entre tribunais portugueses, para que uns cumpram ordens, pratiquem diligências ou executem decisões ordenadas, pedidas ou proferidas por outros,

(1) Dr. Dias Ferreira, ob. cit., pág. 41; Dr. Marnoco e Sousa, ob. cit., n.º 87; Ac. R. P. 5-vi-85 e 4-viii-911 e S. T. J. 5-vi-85 (*Rev. Tr.*, IV, 89, e III, 89; *Rev. For. Port.*, I, 48).

(2) Offício Min. Neg. Estr. 6-1-911 e da Proc. Ger. Rep. 14-ix-911 (*na Revista de Justiça*, III, 415).

(3) *Rev. Tr.*, VII, 59, XXIII, 205 e 545, e XXXIV, 505.

se requiere que a *ordem*, a *carta* ou a *decisão* sejam expedidas pelo juiz, e de que, por isso, é lógico que a mesma prática se observe a respeito das decisões vindas de tribunais estrangeiros, como aliás acontece com os pedidos de diligências por tribunais estrangeiros, que devem constar de cartas rogatórias, e portanto de documentos expedidos pelos mesmos tribunais (Cód. pr. civil, art. 89.º).

c) *Destino e valor da sentença.* Dispõe o artigo 1091.º do Código de processo civil que, confirmada a sentença, baixará o processo, ou o traslado quando se interpuser o recurso de revista, ao juízo que for competente para a execução, determinando o artigo 21.º, § 4.º, n.º 2.º, que este juízo é o do domicílio do executado ou, na falta de domicílio, o da situação dos bens e, havendo, nesta hipótese, bens situados em diferentes comarcas, o juízo escolhido pelo autor.

Como é fácil de ver, estes preceitos apenas se aplicam às sentenças destinadas à execução forçada. Quando a sentença não entre nesse número, parece evidente que o processo não tem que baixar a qualquer juízo, mas deve ficar na Relação que o julgou, podendo apenas os interessados requerer as cartas ou certidões da sentença confirmada para os fins que julguem convenientes. O legislador, ao formular o preceito do artigo 1091.º, apenas teve em vista a hipótese mais comum de sentenças destinadas à execução forçada, e daí o teor do mesmo preceito.

Depois de confirmadas, as sentenças estrangeiras têm o mesmo valor que as sentenças portuguesas, ficando sujeitas a todas as regras a que estas se encontram subordinadas. Ou se destinem à execução forçada, ou a fundamentar a excepção de caso julgado, ou à prática de actos de conservação de direitos, nenhuma diferença deve estabelecer-se entre uma sentença estrangeira revista e confirmada e uma sentença portuguesa da mesma categoria, tendo ambas a mesma eficácia jurídica.

211 - B) *Regime especial.* O Código de processo civil manda observar as disposições dos artigos 1087.º a 1091.º na revisão e confirmação das sentenças estrangeiras, *salvo quando outra coisa estiver estipulada em tratados.* Supõe assim a possibilidade da existência de *tratados* e, quando existam, manda cumpri-los de preferência ao *direito comum*.

Não prevê o mesmo artigo a existência de uma *lei especial* portuguesa que determine de modo diferente do determinado na *lei geral* o valor de *certas sentenças estrangeiras*, mas é evidente que, quando exista lei especial, esta prefere à lei geral.

Para abranger, em toda a sua extensão, o problema do reconhecimento em Portugal do valor das sentenças proferidas por tribunais estrangeiros, temos, pois, de estudar qualquer *regime especial* que resulte de leis internas especiais ou de *tratados*.

1 -- *Leis internas.* Leis especiais portuguesas acêrca da exequibilidade das sentenças proferidas por tribunais estrangeiros apenas existem a respeito da *susceptibilidade* de execução em Portugal de certas sentenças, tornando inexecutáveis *directa* ou *indirectamente* essas sentenças.

De *declaração directa* da inexecutabilidade de determinadas sentenças estrangeiras, somente conhecemos um caso. É o estabelecido no decreto de 21 de outubro de 1907 sobre o exercício da indústria dos seguros. Este decreto, depois de ter estabelecido no artigo 10.º que só os tribunais portugueses são competentes para conhecer dos direitos e obrigações emergentes dos contratos de seguros celebrados em Portugal, ou respeitantes a pessoas ou entidades nele domiciliadas à data dos mesmos contratos, ou a bens nele existentes, dispõe no artigo 11.º: « Não serão exigíveis em tribunais portugueses as obrigações resultantes dos contratos a que se refere o artigo antecedente, quando celebrados com entidades não autorizadas a exercer a indústria de seguros em Portugal, *nem serão exequíveis em Portugal as sentenças dos tribunais estrangeiros que se fundarem nesses contratos* ».

A inexecutabilidade das sentenças estrangeiras é *indirectamente* estabelecida em todos aqueles diplomas que tornam a *exclusiva competência* dos tribunais portugueses o conhecimento de certas acções. Em verdade, quando os tribunais portugueses são exclusivamente competentes para julgar determinadas acções, os tribunais estrangeiros são sempre internacionalmente incompetentes para conhecer das mesmas acções e, portanto, as sentenças por eles proferidas não podem ser confirmadas nem, consequentemente, executadas em Portugal (Cod. proc. civ., art. 1088.º, § 1.º, n.º 3.º).

A competência exclusiva dos tribunais portugueses pode, por sua vez, ser estabelecida directamente, ou de modo indirecto.

Directamente, estabelece-a, relativamente à concessão de águas por utilidade pública, o artigo 52.º do decreto n.º 5787-III, de 10 de maio de 1910, cujo § 1.º dispõe que o conjunto dos direitos inerentes à concessão constitui propriedade imobiliária garantida e regulada pelas leis portuguesas e submetida à jurisdição e competência dos tribunais portugueses (1).

(1) As concessões de utilidade pública, em matéria de águas, podem ser feitas a indivíduos tanto portugueses como estrangeiros, desde que uns e outros estejam domiciliados em Portugal (Dec. n.º 6287, de 20 de dezembro de 1919, art. 1.º, § 1.º), mas só podem ser feitas a sociedades portuguesas, pela razão de que as sociedades concessionárias precisam de ter sede em Portugal e de ser organizadas nos termos das leis portuguesas (Dec. n.º 5787-III, art. 52.º, § 2.º), isto é, precisam de ser portuguesas (n.º 64). É mais uma incapacidade das sociedades estrangeiras, que cumpre acrescentar às que indicámos a pág. 253 e 267, onde não mencionámos as sociedades concessionárias de águas por utilidade pública.

De modo indirecto, estabelecem-na todos os diplomas que subordinam a concessão de determinados direitos aos estrangeiros à condição de eles se sujeitarem à exclusiva jurisdição dos tribunais portugueses. Estão nesse caso: 1.^o) a concessão de patentes de introdução de novas indústrias ou de novos processos industriais (1); 2.^o) a concessão de terrenos do Estado e de energia hidráulica nas colónias (2).

A atribuição da competência aos tribunais portugueses ou a condição de os concessionários se sujeitarem a essa competência significa, evidentemente, que os tribunais estrangeiros ficam sendo incompetentes e que, por isso, as suas sentenças sobre a matéria da respectiva concessão não podem ser executadas em Portugal.

212—II — *Tratados*. Até hoje, que nós saibamos, Portugal apenas concluiu três tratados, todos *plurilaterais*, em que foi regulada a execução de sentenças estrangeiras.

São as convenções da Haia de 12 de junho de 1902 sobre o divórcio e separação de pessoas, e de 17 de julho de 1905 sobre processo civil e sobre interdição e medidas de protecção análogas. Estudaremos estas convenções segundo o grau crescente das suas exigências acêrca da execução das sentenças estrangeiras.

Segundo este critério, ocupa o primeiro lugar a

a) *Convenção sobre interdição e medidas de protecção análogas*. Esta convenção é, em verdade, de todas, a menos exigente, pois dispensa de *exequatur* as sentenças que decretam e as sentenças que levantam a interdição, nos termos seguintes: «Art. 9.^o A interdição decretada pelas autoridades competentes, em conformidade das precedentes disposições, surtirá, pelo que respeita à capacidade e à tutela do interdito, os seus efeitos em todos os Estados contratantes, sem dependência de *exequatur*. Art. 11.^o As decisões que levantarem a interdição surtirão de pleno direito os seus efeitos em todos os Estados contratantes, sem dependência de *exequatur*».

A convenção dispensa de confirmação as sentenças que decretam a interdição quanto à capacidade e à tutela do interdito. Para qualquer outro efeito, as sentenças de interdição não são dispensadas de *exequatur* pelo tratado, ficando sujeitas ao direito comum, e estando portanto sujeitas ou não a confirmação, segundo o sistema legislativo adoptado ou segundo a orientação da jurisprudência. É assim é que, entre nós, estarão sujeitas a revisão e a confirmação, em harmonia com o que acima deixamos dito acêrca da necessidade do *exequatur* (3).

(1) Supra, pág. 203 e 204.

(2) Supra, pág. 205.

(3) Supra, n.^o 201.

Importa ainda notar que as sentenças que decretem ou levantem a interdição apenas produzem os seus efeitos se forem proferidas *pelas autoridades competentes, em conformidade das disposições da convenção* (Conv., art. 9.^o) e, por isso, se é certo que a convenção as isenta do *exequatur*, certo deve ser também que os tribunais ou autoridades que tenham de dar cumprimento às mesmas sentenças têm o direito e o dever de verificar se as sentenças foram proferidas por autoridades competentes em harmonia com a convenção. De outro modo, viria o absurdo de produzirem efeitos sentenças proferidas por autoridades incompetentes, o que seria contra a letra e contra o espírito da convenção.

b) *Convenção sobre processo civil*. Esta convenção, ao mesmo tempo que dispensou os litigantes estrangeiros da caução às custas (*cautio judicatum solvi*), sempre que de ela estejam isentos os nacionais (art. 17.^o), estabeleceu um *regime de facilidade* para a execução das sentenças de condenação em custas e despesas do processo proferidas num dos Estados contratantes contra o autor ou assistente dispensado de caução, depósito ou preparo, ou para o caso de o montante das custas ser fixado por uma decisão ulterior, nos termos seguintes (versão oficial):

«Art. 18.^o As condenações em custas e despesas do processo, proferidas num dos Estados contratantes contra o autor ou assistente dispensado da caução, do depósito ou do preparo em virtude, quer do artigo 17.^o, alíneas 1.^a, 2.^a, quer da lei do Estado onde a acção houver sido intentada, serão, mediante petição feita pela via diplomática, tornadas gratuitamente executórias pela autoridade competente em cada um dos outros Estados contratantes.

«A mesma regra será aplicada às decisões judiciais pelas quais for ulteriormente fixado o montante das custas do processo.

«As precedentes disposições não obstam a que dois Estados contratantes se entendam entre si para permitir que a petição de execução seja feita directamente pela parte interessada.

«Art. 19.^o As decisões relativas às custas e despesas serão declaradas executórias sem audiência das partes, mas salvo ulterior recurso da parte condenada, em conformidade da legislação do país em que for prosseguida a execução.

«A autoridade competente para estatuir sobre a petição de execução limitar-se há a examinar:

1.^o Se, em harmonia com a lei do país onde foi proferida a condenação, a certidão da sentença reúne (1) as condições necessárias para a sua autenticidade;

(1) O texto francês, que é o verdadeiro texto da convenção, diz *expédition de la décision*. Esta expressão não significa apenas *simple certidão* e, por isso, pensamos que, entre nós, mesmo em face da convenção que analisamos, se deve exigir uma carta de sentença (Supra, n.^o 210).

2.º Se, em harmonia com a mesma lei, a sentença passou em julgado;

3.º Se o preceito da sentença está redigido na língua da autoridade requerida ou na língua convencionada entre os dois Estados interessados, ou se é acompanhado de tradução, feita numa das línguas, e, salvo acôrdo em contrário, autenticada por um agente diplomático ou consular do Estado requerente ou por um tradutor ajuramentado do Estado requerido.

«Para satisfazer as condições prescritas na alínea 2.º, n.ºs 1.º e 2.º, bastará uma declaração da autoridade competente do Estado requerente, afirmando que a sentença passou em julgado. A competência dessa autoridade será, salvo acôrdo em contrário, certificada pelo mais alto funcionário incumbido da administração da justiça no Estado requerente. A declaração e o certificado de que se trata devem ser redigidos ou traduzidos em conformidade da regra constante da alínea 2.ª, n.º 3.º».

Estes dois artigos da convenção, por um lado, firmam o *princípio do reconhecimento* das sentenças estrangeiras de condenação em custas, e, por outro lado, regulam o *processo de confirmação* das mesmas sentenças.

Quanto ao reconhecimento de tais sentenças, notaremos apenas que estas são reconhecidas sem revisão de mérito, tanto pelos Estados contratantes que seguem o sistema da delibação, v. g. Portugal, como pelos Estados que seguem o sistema da reciprocidade, v. g. a Espanha, como pelos Estados que ainda seguem em geral o sistema da revisão de mérito, v. g. a França. O valor dêste preceito da convenção facilmente se determina em face do que acima deixamos dito acêrca dos sistemas relativos ao reconhecimento das sentenças estrangeiras.

O *processo de confirmação* desvia-se bastante do nosso direito comum e, por isso, faremos algumas observações a seu respeito.

α) *Modo de pedir o exequatur.* A confirmação da sentença deve ser pedida pela *via diplomática*. Se, pois, a sentença de condenação em custas não vier pela via diplomática, fica sujeita ao direito comum, e não ao regime especial da convenção. Isto, porém, na hipótese de não haver entre Portugal e o Estado em que tiver sido proferida a sentença qualquer acôrdo que, nos termos da alínea 3.ª do artigo 18.º da convenção, permita que o *exequatur* seja pedido directamente pela parte interessada. No momento actual não conhecemos nenhum acôrdo entre Portugal e os demais Estados contratantes dispensando a remessa da sentença pela via diplomática.

β) *Gratuidade do processo de confirmação.* A convenção diz que as sentenças serão tornadas *gratuitamente* executórias, o que significa, claramente, que está isento de custas e selos o processo de revisão e confirmação das sentenças em questão. Nada de semelhante estatui o direito comum, estando tal processo sujeito a custas como qualquer outro.

Cumprê, porém, observar que a gratuidade depende de o *exequatur* ser pedido pela via diplomática e que apenas é gratuito o processo de revisão e confirmação, não o sendo o *processo de execução*. Resulta isso da letra da convenção, que limitou a gratuidade ao processo de *exequatur*, e disse-o expressamente o relatório da comissão da conferência de 1904 que elaborou o projecto da convenção, onde está escrito: «Naturalmente, as custas em seguida necessárias para que o título produza os seus efeitos ficam por conta e risco do réu que move a execução» (1).

γ) *Forma do processo.* Em geral, a convenção não regulou nem devia regular a forma do processo do *exequatur*, deixando isso à lei interna dos Estados contratantes. Num ponto, porém, foi o processo regulado pela convenção. Esta determinou, com efeito, que as decisões relativas a custas serão declaradas executórias *sem audiência das partes*. Embora, pois, as leis internas, como a nossa (Cód. de processo civil, art. 1088.º e 1089.º), estabeleçam o processo contraditório para a revisão e confirmação das sentenças estrangeiras, nas relações dos Estados contratantes as sentenças de condenação em custas serão declaradas executórias sem audiência das partes. Os motivos de tal preceito foram expostos pela comissão de 1904 e resumem-se no intento de tornar simples e rápido o processo do *exequatur* (2).

Confinado, o autor condenado em custas, se ficou privado de ser ouvido no processo do *exequatur*, não ficou privado de recorrer da sentença ou acórdão proferido nesse processo, pois a convenção acrescentou estas palavras: «*salvo ulterior recurso da parte condenada, em conformidade da legislação do país em que for prosseguida a execução*». E assim é que, entre nós, poderá o interessado recorrer de revista contra o acórdão da Relação que conceder o *exequatur* (Cód. de processo civil, art. 1091.º) (3).

δ) *Poderes do tribunal do exequatur.* Estes poderes foram delimitados pela convenção, devendo o tribunal restringir a sua investigação à autenticidade do documento de que consta a sentença, ao trânsito em julgado da sentença, e à língua em que esta se encontra escrita ou traduzida.

(1) *Actes*, de 1904, pág. 96.

(2) *Actes* cit., pág. 97.

(3) Deve, porém, notar-se que o recurso de revista será, em face da nossa lei actual, pouco mais que mera mente teórico, pela razão de que a revista só pode ter lugar em causas cujo valor exceda 400\$00 (Cód. de processo civil, art. 1148.º), e a maior parte das vezes a condenação em custas não atingirá esta quantia. Para remediar tal inconveniente, seria necessário que se fizesse entre nós o que fez a lei belga de 20 de abril de 1909, que aprovou a convenção, a qual concedeu recurso contra as sentenças de *exequatur* a que se refere o artigo 19.º da mesma convenção, seja qual for o valor da condenação em custas (Vide *Revue de droit international et de législation comparée*, 1909, pág. 407).

1.º) *Autenticidade do documento.* Neste ponto, a investigação do tribunal tem por fim verificar se o documento foi expedido pela autoridade competente para o passar, segundo a lei do país onde a sentença foi proferida. E, como se diz no relatório da comissão de 1904, tal verificação não pode oferecer dificuldades, visto a sentença ser transmitida pela via diplomática, pois o modo de transmissão é garantia da autenticidade (1).

2.º) *Trânsito em julgado da sentença.* Em segundo lugar, deve o tribunal verificar se a sentença passou em julgado, em conformidade da legislação do país onde foi proferida. Para satisfazer esta exigência, dispõe a alínea 3.ª do artigo 19.º da convenção que basta uma declaração da autoridade competente do Estado requerente, com a afirmação de que a sentença passou em julgado, acrescentando que a competência da autoridade declarante será certificada, salvo acôrdo em contrário, pelo mais alto funcionário incumbido da administração da justiça no Estado requerente.

Segundo o relatório da comissão de 1904 e segundo a discussão em assemblea geral da conferência sôbre o projecto da comissão, o preceito da convenção acêrca da verificação do trânsito em julgado da sentença tem o seguinte alcance: a) O Estado requerente *pode*, sem que a isso seja obrigado, acompanhar o pedido de *exequatur* de uma declaração de que a sentença passou em julgado; β) a competência da autoridade declarante deve ser certificada pelo funcionário do poder executivo que dirigir superiormente a administração da justiça, o qual será ou o ministro da justiça sômente, ou êste ministro e outra ou outras entidades que dirijam os serviços da administração da justiça dentro de circunscrições territoriais autónomas sob êsse ponto de vista; γ) a declaração de trânsito em julgado da sentença constitui uma presunção *tantum juris*, que pode ser elidida pelo condenado em custas, provando a sua inexactidão; δ) quando a declaração não seja apresentada, o tribunal do *exequatur* resolverá nos termos do direito comum (2).

Sendo assim, torna-se útil saber se, segundo o direito português, há autoridade competente para certificar o trânsito em julgado de uma sentença e se a competência dessa autoridade pode ser certificada pelo ministro da justiça, como o mais alto funcionário do poder executivo que dirige superiormente a administração da justiça.

Quanto à declaração do trânsito em julgado, não pode haver dificuldade. O trânsito em julgado é, com efeito, registado no livro a que se refere o artigo 208.º do Código de processo civil, por força dos artigos 285.º e 1057.º do mesmo Código, e portanto pode êsse facto ser certificado pelos escri-

(1) *Actes cit.*, pág. 97 e 98.

(2) *Actes cit.*, pág. 75, 76 e 98.

vães ou secretários dos tribunais, com ou sem despacho do juiz ou presidente do tribunal.

E também parece fora de dúvida que o ministério da justiça pode certificar a competência do escrivão ou do secretário para passar a referida certidão, embora a lei se não refira a semelhantes certificados, pois a verdade é que a competência dos escrivães e secretários dos tribunais para aquêle efeito é claramente estabelecida pela lei e que o ministério tem toda a facilidade em identificar o certificante e em verificar a veracidade da certidão. E os certificados passados pelo ministério da justiça terão a vantagem de facilitar aos réus absolvidos em Portugal, que muitas vezes serão cidadãos portugueses, a execução no estrangeiro das sentenças de condenação em custas proferidas no país.

3.º) *Língua em que está redigido o documento.* O tribunal tem de verificar, por fim, se a sentença está redigida quer na língua da autoridade requerida, quer na língua mencionada entre os Estados interessados, ou se é acompanhada de tradução feita numa dessas línguas e, salvo acôrdo em contrário, autenticada por um agente diplomático ou consular do Estado requerente ou por um tradutor ajuramentado do Estado requerido.

c) *Convenção relativa ao divórcio e à separação de pessoas.* O artigo 7.º desta convenção determina o efeito internacional das sentenças de divórcio e de separação nestes termos:

«O divórcio e a separação de pessoas julgados por um tribunal competente, nos termos do artigo 5.º, serão reconhecidos em toda a parte, sob a condição de haverem sido observadas as cláusulas da presente convenção e de, no caso de a decisão ter sido proferida à revelia, o réu haver sido citado em conformidade das disposições especiais exigidas pela sua lei nacional para reconhecimento dos julgados estrangeiros.

«Serão reconhecidos igualmente em toda a parte o divórcio e a separação de pessoas julgados por uma jurisdição administrativa, se a lei de cada um dos cônjuges reconhecer êsse divórcio e essa separação».

Em face da convenção, o efeito internacional das sentenças de divórcio e de separação depende, assim, de as sentenças haverem sido proferidas por tribunal competente, de se haverem observado as disposições da convenção e de, no caso de revelia, se haverem observado as disposições especiais acêrca da citação do réu, estabelecidas pela sua lei nacional, e ainda de, na hipótese de a sentença ter sido proferida por uma jurisdição administrativa, a lei de cada um dos cônjuges reconhecer êsse divórcio e essa separação.

A primeira questão que a convenção suscita neste ponto é se as condições indicadas têm de ser verificadas numa instância de *exequatur*, ou se o *exequatur* foi dispensado.

Embora já se tenha sustentado que a convenção dispensou o *exequatur*, no caso de a sentença de divórcio ter sido proferida em processo contraditório ⁽¹⁾, a verdade é que a convenção nem legitima a distinção entre as sentenças proferidas à revelia e as proferidas em processo contraditório, nem impõe ou dispensa o *exequatur*. Deixou dependente do direito de cada um dos Estados contratantes a determinação do meio de verificar se as sentenças estrangeiras estão ou não nas condições de ser executadas; e, por isso, nos Estados onde essa verificação depende de um processo de *exequatur*, é esse o meio competente para proceder àquela verificação. É a doutrina que resulta do silêncio da convenção sobre o assunto, que deriva da sua comparação com a relativa à interdição, a qual expressamente dispensou o *exequatur*, e que foi sustentada por Anzilotti ⁽²⁾ e por Travers ⁽³⁾, dois dos escritores que mais desenvolvidamente estudaram a convenção sob este ponto de vista.

Assente, pois, que as condições de executabilidade das sentenças de divórcio e de separação devem ser verificadas num juízo de *exequatur*, nos Estados onde, como entre nós, é esse o meio de tornar executáveis as sentenças estrangeiras, estudemos aquelas condições:

1.º *Competência do tribunal estrangeiro*. A primeira condição de que a convenção torna dependente o efeito internacional das sentenças de divórcio e de separação é que elas tenham sido proferidas por um tribunal competente, em harmonia com o seu artigo 5.º

¿A que espécie de competência se referem, porém, os artigos 5.º e 7.º da convenção? Será simplesmente à competência internacional, ou será também à competência interna? Anzilotti, versando esta questão, seguiu a opinião de que foi somente a competência internacional que a convenção teve em vista, já porque era apenas essa forma de competência que, numa convenção internacional, devia ser regulada, já porque é essa a doutrina que resulta da análise do artigo 5.º da convenção ⁽⁴⁾.

Também hoje ⁽⁵⁾ estamos convencidos de que é essa a verdadeira doutrina. Tal doutrina é não só a mais consentânea com a função do juízo do *exequatur*, como acima deixamos dito ⁽⁶⁾, mas, com efeito, reflectindo nas disposições do artigo 5.º

⁽¹⁾ Baudry-Lacantinerie et Chémeaux, *Traité de droit civil*, tom. IV, pág. 285.

⁽²⁾ *Memória cit.*, n.º 9.

⁽³⁾ *La convention de la Haye relative au divorce et à la séparation de corps*, n.ºs 188 e seg.

⁽⁴⁾ *Memória cit.*, n.º 23.

⁽⁵⁾ Modificamos assim a opinião que defendemos na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 44.º, n.º 1:881, pág. 358.

⁽⁶⁾ *Supra*, n.º 205.

da convenção, convencemo-nos de que está ali consignada a mesma doutrina. Em verdade, aquele artigo, depois de estabelecer a competência da jurisdição nacional e da jurisdição do país do domicílio, declara, na última alínea, que *fica reservada a jurisdição nacional na medida em que esta jurisdição for a única competente para a acção de divórcio ou de separação de pessoas*, empregando assim uma fórmula que parece expressiva no sentido de que os autores da convenção quizeram referir-se apenas à competência internacional.

2.º *Observância das cláusulas da convenção*. Em segundo lugar, o artigo 7.º da convenção subordina o efeito internacional das sentenças de divórcio e de separação à condição de terem sido observadas as cláusulas da convenção, como são, principalmente, as que indicam a lei reguladora do direito de pedir o divórcio ou a separação (art. 1.º e 3.º), e a lei reguladora das causas de divórcio e de separação (art. 2.º e 3.º).

Esta condição, na sua aparente simplicidade, origina uma questão muito delicada, qual é a de saber se o tribunal do *exequatur* apenas tem o *direito* ou se também tem o *dever* de verificar se tal condição se verificou. Discutiremos, porém, esta questão um pouco mais adiante, quando procurarmos determinar se o artigo 7.º marca um *máximo* somente ou se marca também um *mínimo* de condições de que depende o efeito internacional das sentenças de divórcio e de separação.

3.º *Citação do réu em caso de revelia*. Há legislações que, no caso de uma sentença estrangeira haver sido proferida à revelia, exigem, para o seu reconhecimento, que o réu tenha sido citado por uma determinada forma. Assim acontece, por exemplo, com a lei húngara de 1 de junho de 1881 a qual, entre outros preceitos, determina que a execução de uma sentença estrangeira não poderá ter lugar na hipótese de o réu ser um húngaro condenado à revelia, se a citação lhe não tiver sido feita pessoalmente, quer no país onde foi proferida, quer, no caso de ausência, por intermédio de um tribunal húngaro. Disposições semelhantes se encontram na legislação alemã (cód. de processo civil, art. 328.º) e na legislação austríaca (Lei de 27 de maio de 1896, art. 80.º) ⁽¹⁾.

Foi para respeitar as disposições legislativas desta natureza que o artigo 7.º da convenção inseriu o preceito que analisamos.

Deve observar-se que, segundo se vê do relatório da comissão de 1900, a palavra *revelia* compreende apenas o caso de o réu não comparecer em juízo, não abrangendo por isso a forma de revelia, admitida, por exemplo, pela lei alemã, de o réu comparecer, mas não tomar parte no debate ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Vide Weiss, *ob. cit.*, tom. cit., pág. 146, 160 e 166.

⁽²⁾ Vide *Actes*, de 1900, pág. 212; Anzilotti, *Memória cit.*, n.º 29.

4.º) *Divórcio e separação decretados por uma jurisdição administrativa*. Na conferência de 1900 estavam representados todos os Estados escandinavos — Dinamarca, Noruega e Suécia —, em todos estes Estados o divórcio pode ser pronunciado, ou por *decreto administrativo*, isto é, quer por decreto real (Noruega e Suécia) quer por decreto real ou carta passada em nome do rei (Dinamarca), ou por *decreto judicial*, e na Dinamarca e na Noruega a separação de pessoas só pode ser pronunciada por decreto administrativo (1).

Foi por virtude deste particularismo do direito escandinavo que apareceu a alínea 2.º do artigo 7.º da convenção, e por não ter prevalecido no seio da comissão a opinião de alguns dos seus membros no sentido de assimilar as sentenças administrativas às sentenças judiciais (2).

Sendo assim, o tribunal do *exequatur* pode verificar, perante uma sentença de divórcio ou de separação proferida por uma jurisdição administrativa, se a lei nacional de cada um dos cônjuges admite esse divórcio ou essa separação.

213 — Conhecidos os tratados que, nas relações de Portugal com as potências, regulam a execução das sentenças estrangeiras, importa estudar as relações em que, com o direito português comum, se encontra o direito convencional nos mesmos tratados estabelecido. Este estudo respeita naturalmente: I) ao carácter do direito convencional; II) ao valor dos desvios do direito comum estabelecidos pelas convenções em vigor.

I — Os tratados celebrados por Portugal, depois de devidamente aprovados e ratificados, convertem-se em *leis do país*, que têm de ser observadas pelos indivíduos e executadas pelas autoridades e tribunais, sempre que elles estabeleçam direitos ou deveres para os indivíduos, e o seu cumprimento esteja dentro da esfera da jurisdição dessas autoridades e tribunais.

Mas, embora tenham o valor de leis internas, os tratados têm de ser considerados *leis especiais* e, por isso, devem ser aplicados de preferência à lei *comum*, sempre que se trate dos factos e relações jurídicas por elles previstos. Mas, além de leis especiais, são *leis de excepção*, estando, por isso, sujeitos ao preceito do artigo 11.º do Código civil, não podendo aplicar-se fora dos casos neles previstos, não só por serem desvios da lei comum, mas pela razão de representarem *restrições* à liberdade do Estado no exercício do poder legislativo. Tudo isto é intuitivo e tudo isto resulta do que dissemos noutro lugar acerca da aplicação das regras do direito internacional privado. (3)

(1) Vide *Actes*, de 1900, pág. 211 e 213; *Documents*, de 1900, pág. 139 e 180; Laurent Bailly, *Le divorce et la séparation de corps*, pág. 476.

(2) *Actes*, de 1900, pág. 212 e 213.

(3) Vide supra, n.º 17 a 19 e 21.

II — Para medirmos o valor dos desvios do direito comum representados pelos tratados, consideraremos sucessivamente as três convenções.

a) A convenção relativa à interdição dispensa de *exequatur* as sentenças que decretam e que levantam a interdição. Para produzirem efeitos em Portugal, não precisam, pois, tais sentenças de ser confirmadas pelas Relações. Contudo, o efeito internacional de tais sentenças só se produz quando elas sejam proferidas por tribunais competentes, em conformidade da convenção e, por isso, parece evidente, como já dissemos (1), que as autoridades e tribunais a quem cumpra executar tais sentenças podem e devem verificar se a convenção foi observada quanto à competência das autoridades que as decretaram.

De outro modo, poderiam os tribunais portugueses vir a executar sentenças a que a própria convenção não quis atribuir efeitos. Isto significa afinal que o tribunal ou autoridade que tenha de dar cumprimento à sentença precisa, como *questão prévia*, verificar se a sentença satisfaz aos preceitos da convenção em matéria de competência, verificação da maior simplicidade e que não exija a sujeição das sentenças a uma instância de *exequatur*. O tribunal ou autoridade não poderão, porém, examinar mais coisa nenhuma, além da competência. E talvez pouco, mas é o que está na convenção (2).

b) A convenção sobre processo civil estabeleceu, como dissemos, um *exequatur simplificado* para a confirmação das sentenças de condenação em custas. A Relação não poderá levar o seu exame além da autenticidade do documento que contém a sentença, do trânsito desta em julgado e da língua em que ela está redigida. Não terá, pois, que verificar se a sentença foi proferida por tribunal competente, se se verificou legalmente a revelia, se a sentença contém decisões contrárias às leis de ordem pública ou se a lei portuguesa era competente para resolver a questão. Tudo isto é claramente proibido pela convenção. Esta marca o *máximo* de condições de que depende a confirmação da sentença, e a Relação não pode ampliar esse máximo.

Há, porém, um requisito que a convenção não indica, que o Código de processo exige, e que a Relação não pode deixar de verificar. É se se trata de uma *sentença inteligível* (Cód. de processo civil, art. 1088.º, § 1.º, n.º 1.º). É evidente que a Relação não pode nem deve confirmar uma sentença cujo preceito se não entende, além de tudo, porque a confirmação seria inútil (3).

c) A convenção relativa ao divórcio e à separação de pessoas subordina o reconhecimento das sentenças estrangeiras

(1) Supra, pág. 695.

(2) Vide *Actes*, de 1904, pág. 25.

(3) Supra, n.º 205.

às quatro condições de a sentença ter sido proferida por tribunal competente, de terem sido observadas as cláusulas da convenção, de o réu ter sido citado em conformidade das disposições especiais exigidas pela sua lei nacional para o reconhecimento dos julgados estrangeiros, e de, na hipótese de a sentença de divórcio ou de separação ter sido proferida por uma jurisdição administrativa, êsse divórcio ou essa separação serem reconhecidas pela lei nacional de cada um dos cônjuges.

Comparando êste quadro de condições com o quadro estabelecido pelo artigo 1088.º do Código de processo civil, verifica-se que a convenção ora é *mais* ora é *menos* exigente que o Código, e daí resultam estas duas melindrosas questões: 1.º) se o artigo 7.º da convenção estabelece o *limite máximo* das exigências do juízo de *exequatur* ou se tais exigências podem ser ampliadas; 2.º) se o mesmo artigo estabelece o *limite mínimo* abaixo do qual o Estado de reconhecimento não pode descer para dar valor às sentenças proferidas nos outros Estados contratantes, ou se aquele Estado pode reduzir a menos as suas exigências.

1.º) Em princípio, não pode haver dúvida de que o quadro de condições formulado pela convenção tem carácter *taxativo* e de que portanto não pode qualquer dos Estados contratantes acrescentar às condições indicadas na convenção as formuladas na sua lei interna. Assim resulta da própria natureza dos tratados. Substituem as suas disposições às leis internas dos Estados contratantes quanto aos assuntos sobre que versam.

¿Deverá, porém, esta doutrina limitativa entender-se em todo o seu rigor, de modo que os Estados contratantes não possam acrescentar às condições indicadas no artigo 7.º da convenção *nenhuma* das condições estabelecidas nas suas leis internas, qualquer que seja a natureza dessas condições?

Entendemos que não. A nosso ver, o carácter taxativo da convenção limita-se às condições relativas à *regularidade processual* da sentença e ao *preceito* da mesma sentença. O exame acerca da justeza da aplicação da forma do processo pelo tribunal que proferiu a sentença e acerca da justeza da decisão constante da mesma sentença não pode exceder os limites marcados pela convenção.

Contudo, nas leis internas podem aparecer condições que não visem aqueles fins, mas tendam a garantir a autenticidade da sentença e a verificar se a sentença já produziu o efeito de que se pede o reconhecimento. E' o que acontece com o nosso Código de processo civil, o qual exige, entre outras condições, que não haja dúvidas acerca da autenticidade do documento ou da inteligência da sentença, e que esta tenha passado em julgado.

¿Também terá sido revogado nesta parte o Código de processo, ou ainda deverão exigir-se estas condições para

o reconhecimento das sentenças de divórcio e de separação proferidas nos Estados contratantes?

Semelhantes condições, longe de serem excluídas pela convenção, estão de harmonia com o preceito do artigo 7.º.

Em primeiro lugar, se a Relação tiver dúvidas fundadas quer acerca da autenticidade do documento de que consta a sentença, quer acerca do conteúdo da mesma sentença, não pode conceder o *exequatur*, pois não sabe se se trata efectivamente de uma decisão de um tribunal estrangeiro ou de um documento falso destinado a burlar alguém, ou não pode verificar se a sentença satisfaz as condições necessárias à sua legitimidade, pois que desconhece o seu conteúdo.

Por outro lado, pedir o reconhecimento de um julgado de divórcio ou de separação de pessoas proferido em país estrangeiro, equivale a pedir o reconhecimento dos efeitos desses julgados, isto é, ou a dissolução do casamento (no divórcio) ou a suspensão da vida em comum (na separação). Ora semelhantes efeitos não existem senão depois de passar em julgado a sentença que decretou o divórcio ou a separação, e, por isso, o reconhecimento internacional desta sentença supõe o seu trânsito em julgado (1).

Apesar, pois, do carácter limitativo do artigo 7.º da convenção e de êste artigo haver substituído, de um modo geral, as leis internas dos Estados contratantes acerca das condições de reconhecimento das sentenças estrangeiras, continuam em vigor as disposições do Código de processo civil relativas à autenticidade, inteligibilidade e trânsito em julgado da sentença, como estabelecendo condições que *regulam* a execução da convenção.

2.º) Sobre a questão de saber se a convenção estabelece o *limite mínimo* de condições abaixo do qual o Estado de reconhecimento não pode descer para reconhecer as sentenças estrangeiras de divórcio ou de separação de pessoas, duas opiniões opostas foram sustentadas por Anzilotti (2) e Travers (3).

Anzilotti sustenta a doutrina de que cada um dos Estados contratantes *deve* reconhecer as sentenças estrangeiras de divórcio ou de separação sempre que elas se conformem com as cláusulas da convenção, *pode* exigir o cumprimento destas cláusulas para conceder o *exequatur*, mas *não é obrigado* a recusar êste se as mesmas cláusulas não tiverem sido cumpridas. O fundamento desta doutrina encontra-o o autor na consideração de que as condições da concessão do *exequatur* estabelecidas pela convenção têm por fim tutelar o interesse do Estado de reconhecimento, dêste interesse é êle o único juiz e,

(1) Anzilotti, ob. cit., n.ºs 16 e 17.

(2) Ob. cit., n.º 7.

(3) Ob. cit., pág. 242.

por isso, pode conceder o *exequatur*, mesmo sem haverem sido cumpridas todas as cláusulas da convenção, se entender que o seu interesse não exige esse cumprimento.

Travers sustenta, em sentido contrário, a doutrina de que as condições estabelecidas pelo artigo 7.º da convenção constituem, não só o *máximo* de que em cada um dos Estados contratantes, está dependente o reconhecimento das sentenças proferidas nos outros Estados, mas constituem também o *mínimo* de condições desse reconhecimento, não tendo os Estados contratantes a faculdade de reconhecer as sentenças que não satisfaçam a todas essas condições. Semelhante faculdade seria, no pensar de Travers, contrária ao texto e ao fim da convenção: ao texto, pois em nenhuma parte da convenção se encontra a ideia de que as condições por ela estabelecidas constituem um máximo dentro do qual poderão mover-se livremente as legislações particulares de cada Estado; ao fim, porque a convenção se propôs assegurar situações quanto possível uniformes em todos os Estados contratantes, do que o emprêgo no artigo 7.º da fórmula *em toda a parte* é uma prova decisiva, e, se se deixasse a cada Estado a liberdade de exigir menos do que prescreve a convenção, não só esta seria violada, pois se daria efeito a uma decisão que não a tinha observado, mas ainda se aumentaria a confusão resultante de uma decisão que, não sendo conforme à convenção, seria admitida aqui e rejeitada acolá.

Embora nos tenhamos inclinado para a opinião de Travers (1), hoje consideramos mais rigorosa a doutrina de Anzilotti, pela razão decisiva de que a convenção pretendeu naturalmente assegurar a execução das sentenças de divórcio ou de separação proferidas em qualquer dos Estados contratantes, e, por isso, desde que a sentença foi proferida, o que importa é que ela seja reconhecida. Sendo assim, se se compreende que o tratado imponha um rigor menor do que o estabelecido nas leis internas dos Estados contratantes, não se compreenderia que impusesse um rigor maior, o que dificultava, em vez de facilitar, aquele reconhecimento.

Desta doutrina resulta a importante conclusão de que nos Estados contratantes, cuja lei interna não prescreve a revisão de mérito, o tribunal do *exequatur* não tem que verificar se se cumpriram as cláusulas da convenção relativas ao fundo da questão. E assim, entre nós, as Relações não têm que verificar se na sentença foi ou não aplicada a lei competente para reger o divórcio ou a separação, a não ser que a sentença tenha sido proferida contra um cidadão português, a fim de examinar se a lei portuguesa era aplicável e se efectivamente foi aplicada (Cód. de processo civil, art. 1088.º, § 1.º n.º 6.º).

§ III

Fôrça executiva dos títulos exarados em país estrangeiro

SUMÁRIO. 214 — Fórmula do problema. 215 — Sistemas legislativos sobre a exequibilidade de títulos estrangeiros que não sejam sentenças. 216 — O problema perante o direito português. Estado da doutrina a seu respeito. 217 — Crítica da mesma doutrina. Solução adoptada. 218 — Títulos estrangeiros exequíveis em Portugal. Lei reguladora da exequibilidade.

214 — A par com as sentenças, admite a nossa lei outros títulos exequíveis, que são os indicados no artigo 798.º, n.ºs 1.º, 3.º e 4.º do Código de processo civil, e no artigo 16.º, comparado com o artigo 13.º, do decreto de 29 de maio de 1907, a saber: a) os autos de conciliação; b) as escrituras públicas, das quais constar algum crédito que se mostre vencido pelas mesmas escrituras, ou por documentos a que se refiram, em ambos os casos somente em relação às pessoas que nelas se obrigaram; c) os documentos de cobrança de impostos, ou de outros créditos, da fazenda nacional, a que as leis derem força de sentença; d) as letras, livranças e cheques, facturas conferidas, e quaisquer outros escritos particulares, dos quais conste a obrigação de dever o réu pagar ao autor as quantias por que pode ter lugar o processo sumário, quando a assinatura do devedor estiver devidamente reconhecida por notário, e deles constem os créditos referidos no artigo 1.º do decreto de 29 de maio de 1907, desde que se mostrem vencidos pelos próprios títulos ou por documentos a que se refiram, em relação às pessoas que se obrigaram nos títulos ou àquelas que se mostrem habilitadas como herdeiras ou representantes do responsável.

Sendo assim, aparece naturalmente a questão se estes títulos, quando sejam estrangeiros, podem servir de base a uma execução em Portugal, e, no caso afirmativo, em que condições podem ter força executiva.

A questão restringe-se às escrituras públicas e aos escritos particulares devidamente reconhecidos.

Os documentos de cobrança de impostos passados por autoridades estrangeiras são de carácter territorial, como as leis fiscais que lhes imprimam força executiva, nenhum valor de

(1) Revista cit., ano 44.º, pág. 480.

execução podendo ter em Portugal, além de que o modo por que está redigido o n.º 4.º do artigo 798.º do Código de processo civil claramente dá a entender que apenas se refere aos documentos de cobrança de impostos passados por autoridades portuguesas.

Os autos de conciliação lavrados em país estrangeiro ou são julgados por sentença, e então ficam sujeitos ao regime das sentenças, ou são simplesmente assinados pelas partes, pelo juiz e pelo escrivão do processo, como acontece entre nós (Cód. de processo civil, art. 360.º), e, em tal caso, o juiz desempenha a função de oficial público, devendo o auto ser equiparado às escrituras públicas.

Delimitado assim o âmbito da questão, procuremos a solução que ela deverá ter no direito português.

215 — As legislações dos povos civilizados formam três tipos característicos relativamente à exequibilidade dos títulos estrangeiros.

Umás, como a lei húngara de 1 de junho de 1881, recusam força executiva aos títulos estrangeiros que não sejam sentenças que tenham resolvido directamente a questão pendente ou tenham julgado uma transacção entre as partes (1).

Outras, como a italiana, estabelecem um processo próprio de *exequatur* para os títulos autênticos estrangeiros. O artigo 944.º do Código de processo civil italiano estabelece esse processo nos termos seguintes: «Aos actos autênticos recebidos em país estrangeiro é dada força executiva pelo tribunal civil do lugar em que o acto deva ser executado, precedendo um juízo prévio em que devem ser observadas as normas estabelecidas pelos artigos 941.º e 942.º (referem-se às sentenças estrangeiras em tudo que lhes seja aplicável). O mesmo sistema foi consagrado pelo tratado franco-belga de 8 de julho de 1899 sobre a competência judiciária, como se vê do seu artigo 16.º, assim redigido: «Os actos autênticos, executórios num dos dois países, podem ser declarados executórios no outro pelo presidente do tribunal civil da circunscrição onde é pedida a execução. Este magistrado verificará se os actos reúnem as condições necessárias à sua autenticidade no país onde foram recebidos e se as disposições cuja execução se pede não contêm nada contrário à ordem pública ou aos princípios de direito público do país em que é pedido o *exequatur*».

Outras finalmente, e são a maior parte, guardam silêncio sobre a questão. Nesse número está a legislação portuguesa.

Dos três sistemas, o melhor é evidentemente o segundo. O primeiro é demasiadamente rigoroso e o terceiro é a dúvida

(1) Vide Weiss, ob. cit., pág. 160.

e o arbitrio. O sistema da lei italiana e do tratado franco-belga tem o mérito de dar aos títulos estrangeiros o seu valor, sem prejuízo dos interesses do Estado local.

216 — A questão da exequibilidade dos títulos estrangeiros que não sejam sentenças já foi discutida entre nós, sendo-lhes dadas as três soluções seguintes: a) podem ser executados depois de revistos e confirmados como as sentenças; b) podem ser executados independentemente de revisão e confirmação; c) não podem nunca servir de base a uma execução, com ou sem revisão e confirmação.

a) A primeira solução foi adoptada pelo Dr. Dias Ferreira, no seu *Código de processo civil anotado*, onde escreveu: «As disposições deste capítulo, aliás escritas só para a revisão e confirmação de sentença, são igualmente aplicáveis, por identidade de razão, a quaisquer títulos exequíveis nos termos das leis do respectivo país, aos quais as justiças portuguesas não devem negar confirmação, desde que sejam extraídos dos respectivos processos de execução: ... O n.º 1.º do § 1.º (do art. 1088.º), que no Código ficou com a mesma redacção que a comissão revisora lhe deu logo no seu primeiro projecto, emprega a palavra *documento* decerto para abranger, além da sentença, todo e qualquer título com força executiva; e no projecto definitivo do autor do Código, onde o número correspondente era: — dúvida fundada sobre a autenticidade de *qualquer documento*, ou sobre a intelligência da sentença —, estava bem claro que a palavra *documento* compreendia qualquer outro título além da sentença» (1).

b) A segunda solução foi defendida pelo Dr. Marnoco e Sousa, o qual, a um tempo, impugnou a doutrina de Dias Ferreira e defendeu a sua com as seguintes razões: 1.ª) As disposições do Código de processo sobre revisão e confirmação das sentenças estrangeiras tiveram por fonte as disposições correspondentes do Código civil italiano, onde há um artigo (944.º) que faz applicação aos actos autênticos das regras relativas à execução das sentenças, artigo que foi omitido no nosso Código civil, o que mostra claramente que o legislador abandonou o sistema do Código italiano a respeito dos actos autênticos; 2.ª) o regulamento do registo predial de 1870 (era o então vigente) equipara, para os efeitos do registo, as sentenças revistas e confirmadas aos documentos meramente legalizados, e de nada valeria, por exemplo, o registo de uma escritura de hipoteca, se esta escritura não pudesse ser executada sem revisão e confirmação; 3.ª) na enumeração dos títulos exequíveis, no artigo 798.º do Código de processo civil, não se encontra restrição alguma a respeito do seu carácter nacional; 4.ª) não

(1) Tom. III, pág. 43 e 44.

pode haver dúvida de que as sentenças aí indicadas tanto podem ser nacionais como estrangeiras e, ao passo que o artigo 805.º diz que as sentenças estrangeiras só poderão ser executadas depois de revistas e confirmadas, nada dispõe a respeito dos outros títulos exequíveis; 5.º) bem se compreende a diferença entre as sentenças e os outros títulos exequíveis, enquanto as sentenças são actos de soberania, e os actos autênticos são simples resultado do acôrdo das partes (1). É no mesmo sentido o acôrdo do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de junho de 1891 (2).

c) A terceira solução foi seguida pelo Dr. Chaves e Castro, a quem pareceu verdadeira a doutrina do acôrdo da Relação de Lisboa, de 4 de agosto de 1894 (3), no sentido de que o artigo 1087.º do Código de processo civil admite só as sentenças à revisão e confirmação dos tribunais portugueses e de que as escrituras feitas em países estrangeiros não podem entre nós servir de base a execução, por estas razões: 1.º) porque o artigo 31.º do Código civil e os artigos 21.º, § 4.º, n.º 2.º, 39.º, n.º 6.º, 805.º e 1087.º do Código de processo civil, seguindo a legislação anterior, falam sempre em sentenças e nunca em documentos; 2.º) porque as palavras *qualquer dúvida sobre a autenticidade do documento* do n.º 1.º do § 1.º do artigo 1088.º dêste código, única parte onde se fala em *documento*, devem entender-se como referidas à autenticidade da carta de sentença que tenha de executar-se em Portugal; 3.º) porque a admissão de documentos estrangeiros, como base de execução, discorda do pensamento do legislador, que só quis dar valor às decisões proferidas nos tribunais estrangeiros devidamente organizados e constituídos, limitando-se, por isso, a revisão dos tribunais portugueses à fiscalização destas decisões, para que não se ofendam os princípios do direito público, da ordem pública, e do direito civil português (4).

217—Apreciando as três opiniões indicadas, cremos que só se pode hesitar entre as duas extremas, a do Dr. Chaves e Castro, que nega a confirmabilidade e a exequibilidade dos títulos estrangeiros que não sejam sentenças, e a do Dr. Marnoco e Sousa, que nega a possibilidade de os rever e confirmar, mas admite a sua exequibilidade sem necessidade de revisão e confirmação.

A doutrina do Dr. Dias Ferreira é excluída: 1.º) pela comparação do nosso Código de processo com o código de processo italiano, onde há disposições que regulam o *exequatur*

dos documentos autênticos estrangeiros, disposições que o nosso legislador omitiu, sinal, como nota o Dr. Marnoco e Sousa, de que não quis adoptá-las; 2.º) pelo artigo 31.º do Código civil e pelos artigos 21.º, § 4.º, n.º 2.º, 39.º, n.º 6.º, 805.º e 1087.º do Código de processo civil, que estabelecem ou supõem o processo de confirmação de actos estrangeiros e apenas falam de *sentenças*, não falando *nunca*, como observa o Dr. Chaves e Castro, em *documentos*; 3.º) e pela consideração de que a palavra *documento* empregada pelo artigo 1088.º, § 1.º, n.º 1.º, significa, como noutro lugar mostrámos (1), o documento de que consta a sentença.

Entre as duas doutrinas extremas, decidimo-nos pela da exequibilidade dos títulos estrangeiros independentemente de revisão e confirmação, que é a doutrina do Dr. Marnoco e Sousa: 1.º) porque o Código civil, que ao mesmo tempo deu valor às sentenças estrangeiras (art. 31.º) e aos documentos autênticos exarados em país estrangeiro (art. 2430.º), apenas sujeitou as sentenças às formalidades a estabelecer pelo Código de processo; 2.º) porque o artigo 39.º, § 2.º, do regulamento do registo comercial e o artigo 120.º, § 3.º, do regulamento do registo predial *equiparam*, para o efeito do registo, os documentos *legalizados* às sentenças *revistas*, sinal de que o legislador aproximou em valor os dois actos *legalização de documentos* e *revisão e confirmação de sentenças*; 3.º) porque hoje a força executiva de um documento deriva do *valor probatório* do mesmo documento, e não de uma declaração da autoridade que lhe imprima essa força, atribuindo-lha a lei por considerar *inútil* uma acção na sua fase declaratória, que acabaria por julgar em harmonia com o documento, e por considerar sufficientemente verificada a vontade das partes, e é certo que o artigo 2430.º dá aos documentos autênticos exarados em país estrangeiro a mesma força probatória que aos documentos autênticos exarados em Portugal; 4.º) porque o Código de processo, enumerando no artigo 798.º as sentenças estrangeiras conjuntamente com os outros títulos exequíveis, e dizendo no artigo 805.º que—«as sentenças proferidas por tribunais estrangeiros não poderão executar-se sem estarem revistas e confirmadas por um tribunal de segunda instância»—indica claramente que a palavra *sentenças* compreende no artigo 798.º as sentenças estrangeiras, e isso mostra, por seu turno, que o referido artigo também não quis indicar títulos exclusivamente nacionais, quando, ao lado das sentenças, mencionou outros títulos exequíveis; 5.º) porque, supondo mesmo que, ao indicar as escrituras públicas, o artigo 798.º apenas queira referir-se às escrituras nacionais, deveriam a estas equiparar-se as escrituras estrangeiras, pela razão dita de que o

(1) Ob. cit., pág. 169 e 170.

(2) *Revista do foro português*, tom. vi, pág. 165.

(3) *Gazeta* cit., VIII, pág. 185.

(4) Ob. cit., pág. 701 a 705.

(1) *Supra*, n.º 204.

artigo 2430.º do Código civil atribui valor probatório igual aos documentos autênticos nacionais e aos documentos autênticos estrangeiros; 6.º) porque o artigo 979.º do Código civil e o artigo 120.º, § 3.º, do regulamento do registo predial permitem o registo de títulos estrangeiros de hipoteca logo que estejam legalizados, e o artigo 951.º do Código de processo civil mostra que, para uma execução seguir como hipotecária, é necessário, mas basta, que se apresente certidão do registo da hipoteca, o que prova que um título estrangeiro legalizado e registado tem valor para pôr em andamento uma execução hipotecária, e, portanto, também deve provar que um título estrangeiro não hipotecário, mas legalizado, é suficiente para basear uma execução comum.

A doutrina que acabamos de justificar a respeito dos títulos autênticos é igualmente verdadeira a respeito dos títulos particulares que o decreto de 29 de maio de 1907 considerou títulos executáveis. Também o legislador não distingue entre títulos nacionais e títulos estrangeiros, e a razão jurídica de que deriva a sua força executiva procede tanto a respeito de uns como a respeito de outros. Essa razão está, evidentemente, em eles fazerem prova plena da obrigação, visto se encontrarem devidamente reconhecidos, e semelhante força probatória tanto deve atribuir-se a um título nacional como a um título estrangeiro da sua categoria, quando devidamente legalizado (1).

218—Averiguado que, além das sentenças, outros títulos estrangeiros são executáveis em Portugal, ainda importa resolver duas questões secundárias: a) quais os títulos estrangeiros executáveis em Portugal; b) qual a lei reguladora da executabilidade.

a) A primeira questão parece-nos de solução simples. A executabilidade de um título que não é uma sentença representa a dispensa da acção na sua fase declaratória, a lei que regula esta dispensa é evidentemente uma lei de processo, as formalidades de processo são reguladas pela *lex fori* e, por isso, apenas poderão ser considerados executáveis em Portugal os títulos estrangeiros idênticos àqueles que a lei portuguesa considerar executáveis.

b) Do que acabamos de dizer resulta que a executabilidade de um título não pode ser *exclusivamente* regulada por uma lei estrangeira. O título deve ser executável segundo a *lex fori*. Bastará, porém, que o título seja executável segundo esta lei, ou

(1) Como dissemos acima (pág. 647), às sentenças arbitrais proferidas em país estrangeiro em arbitragem meramente voluntária deve atribuir-se o mesmo valor que se atribui aos actos jurídicos celebrados em país estrangeiro e, por isso, constituirão tais sentenças títulos executáveis se os respectivos documentos satisfizerem as condições exigidas para que os documentos exarados em país estrangeiro sejam títulos executáveis em Portugal.

será necessário que o seja também segundo a lei do país onde foi exarado?

O tratado franco-belga acima citado exige expressamente que o título seja executável no Estado onde for exarado. Perante o código de processo italiano, onde não aparece essa exigência, tem sido sustentada tanto a doutrina limitativa de que o título deve ser executável no país onde foi exarado, como a doutrina latitudinária de que não é necessária essa exigência (1).

Em nosso parecer, desde que se admita a executabilidade dos títulos estrangeiros, essa executabilidade deve ser regulada exclusivamente pela *lex fori*. Logo que o título seja daqueles que esta lei considera executáveis e satisfaça aos requisitos de que a mesma lei faz depender a executabilidade, deve esta ser reconhecida. A razão é muito simples. A executabilidade é, como dissemos, a dispensa da declaração judicial do direito, isto é, a dispensa de formalidades de processo, e por isso deve logicamente ser regulada pela mesma lei que regula a forma do processo, que é a *lex fori*.

FIM DO VOLUME I

(1) Mortara, ob. cit., v. pag. 75 e seg.

ÍNDICE DAS MATÉRIAS

LIVRO I PRINCÍPIOS GERAIS

CAPÍTULO I Direito objectivo

§ I

Objecto e noção do direito internacional privado

SUMÁRIO. 1—Revelação dos problemas do direito internacional privado. 2—Fórmula jurídica desses problemas: direitos dos estrangeiros; conflitos de leis; reconhecimento dos direitos adquiridos em país estrangeiro ou declarados por sentenças de tribunais estrangeiros. 3—Os três problemas enunciados como objecto do direito internacional privado. 4—Diferenciação dos mesmos problemas. 5—Noção do direito internacional privado. 6—Crítica do conceito do direito internacional privado como o *direito privado da comunidade jurídica do género humano*. Pags. 3 a 15

§ II

Fontes do direito internacional privado

SUMÁRIO. 7—Conceito de fonte do Direito internacional privado. 8—Costume internacional: conceito; elementos; fundamento, duração e amplitude da sua força obrigatória; meios de verificar a sua existência e o seu conteúdo. 9—Tratado normativo; conceito; fundamento, extensão e duração da sua força obrigatória. 10—Leis internas: a sua função e as suas diferentes categorias. 11—Fontes do direito internacional privado português Pags. 16 a 28

§ III

Natureza das regras de direito internacional privado

SUMÁRIO. 12—Direito internacional e direito interno. 13—Fórmula e extensão do problema da natureza das regras de direito internacional privado. Sua solução: a) escolas nacionalista e internacionalista; b) crítica. 14—Função das regras de direito internacional privado. 15—Natureza específica das regras de conflitos de leis. Teoria da competência legislativa e teoria da recepção: exposição e crítica. 16—Regras de conflitos e regras de aplicação Pags. 29 a 50

§ IV

Aplicação das regras de direito internacional privado

para resolver as questões que devem ser decididas pelas regras d'êste direito. 19 — Contradição entre as regras de direito interno em matéria de direito internacional privado e as regras de direito internacional privado constituídas pela vontade colectiva dos Estados. 20 — Contradição entre as regras de direito internacional privado estabelecidas pelas leis de diferentes Estados. 21 — Integração das regras de direito internacional privado Págs. 51 a 61

§ V.

Uniformização do direito internacional privado

SUMÁRIO. 22 — Evolução formal do direito internacional privado. 25 — Movimento uniformizador d'êste direito mediante tratados colectivos. 24 — Tentativas europeias e tentativas americanas. 25 — Resultados na América. Tratados de Montevideo. 26 a 28 — Resultados na Europa. Conferências e Convenções da Haia. 29 — Tendências Págs. 62 a 85

CAPÍTULO II

Direitos dos estrangeiros

SECÇÃO I

Pessoas singulares

§ I

Nacionais e estrangeiros

SUMÁRIO. 30 — Conceito e importância da nacionalidade em direito internacional privado. Princípio da liberdade do Estado na organização das leis atributivas da nacionalidade. 31 — Adquirição da nacionalidade portuguesa. I — *Nascimento*. Sistema do *jus sanguinis*, sistema do *jus soli* e sistemas da combinação do *jus sanguinis* com o *jus soli*. Sistema português. Nascimento em território português de pais portugueses ou estrangeiros e de pais legítimos ou ilegítimos. Nascimento em país estrangeiro. Nascimento no mar. 32 — II — *Casamento*. Nacionalidade da mulher casada com português depois de dissolvido o casamento por morte ou pelo divórcio. 33 — III — *Naturalização*. Conceito. Carácter da naturalização propriamente dita. Autoridade competente para a conceder e condições e processo da sua concessão. Seus efeitos quanto às pessoas que abrange e quanto aos direitos que atribui. Persistência d'êsses efeitos. 34 — Perda da qualidade de cidadão português. I — Naturalização em país estrangeiro. Extensão dos seus efeitos quanto à mulher e aos filhos do naturalizado. II — Aceitação de mercê de Governo estrangeiro. III — Casamento de mulher portuguesa com estrangeiro. 35 — Readquirição da qualidade de cidadão português. Condições e efeitos. 36 — Conflitos de leis atributivas da nacionalidade. Suas formas: pluralidade de nacionalidade ou conflito positivo, e falta de nacionalidade ou conflito negativo. 37 — Princípios gerais relativos à resolução d'êsses conflitos. Princípios de orientação e princípios jurídicos. 38 — Resolução do conflito positivo. 39 — Resolução do conflito negativo. 40 — Meios de evitar os conflitos ou de corrigir os seus efeitos Págs. 84 a 126

§ II

Direitos dos estrangeiros em geral

SUMÁRIO. 41 — Princípio do reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros. Sua fórmula, sua formação histórica e suas manifestações. 42 — Carácter do princípio. Liberdade do Estado na determinação concreta dos direitos dos estrangeiros. 43 — Organização do

princípio: I — Situação dos estrangeiros relativamente aos direitos políticos, aos direitos públicos não políticos e aos direitos privados. 44 — Organização do princípio: II — Limite máximo da equiparação entre nacionais e estrangeiros. 45 — Significado jurídico do princípio. 46 — Condição jurídica dos operários estrangeiros. Linhas gerais do direito internacional operário. 47 — Condição jurídica dos estrangeiros nos países de capitulações Págs. 127 a 171

§ III

Direitos dos estrangeiros em Portugal

SUMÁRIO. 48 — Introdução histórica. 49 — Os estrangeiros e os direitos políticos. 50 — Os estrangeiros e os direitos públicos não políticos. A igualdade como princípio geral. Limitações: *a)* Liberdade de entrar e residir em território português; *b)* liberdade de trabalho, comércio e indústria; *c)* liberdade de reunião; *d)* liberdade de associação; *e)* liberdade de imprensa; *f)* liberdade de consciência e culto; *g)* liberdade de ensinar e aprender; *h)* direito de acção. 51 — Os estrangeiros e os direitos privados. Equiparação entre nacionais e estrangeiros. Desvios da equiparação no sentido das incapacidades, no sentido da reciprocidade, e no sentido da igualdade condicionada. 52 — Limite da equiparação entre nacionais e estrangeiros. 53 — Condição dos operários estrangeiros Págs. 172 a 215

SECÇÃO II

Pessoas colectivas

§ I

Nacionalidade

SUMÁRIO. 54 — Conceito e natureza da personalidade colectiva. 55 — Classificação das pessoas colectivas. I — Princípios doutrinários. Corporações e fundações. Pessoas colectivas de direito público e pessoas colectivas de direito privado. II — Direito português. Pessoas morais e sociedades. 56 — Conceito e alcance da nacionalidade das pessoas colectivas. 57 — Nacionalidade das pessoas colectivas de direito público. 58 — Nacionalidade das pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública. 59 — Nacionalidade das pessoas colectivas de direito privado e fim lucrativo. I — Princípios doutrinários. II — Direito português. 60 — As pessoas colectivas e a mudança de nacionalidade ou a dupla nacionalidade. Págs. 214 a 257

§ II

Reconhecimento internacional e capacidade

I Reconhecimento internacional: 61 — Conteúdo geral do problema. 62 — Sistemas doutrinários. 63 — Direito internacional positivo. I — Critérios de investigação. 64 II — Pessoas colectivas de direito público. 65 III — Pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública. Doutrina geral. Direito português. 66 IV — Pessoas colectivas de direito privado e fim lucrativo. Doutrina geral. Direito português Págs. 258 a 265

II Capacidade: 67 — Formas da capacidade das pessoas colectivas. Capacidade funcional e capacidade jurídica. Capacidade de gozo e capacidade de exercício de direitos. 68 — Capacidade funcional. Seu regime quanto às pessoas colectivas de direito público e quanto às pessoas colectivas de direito privado. 69 — Capacidade jurídica. Sua extensão. 70 — Direito português. Capacidade funcional e capacidade jurídica Págs. 255 a 268

§ IV

A personalidade colectiva, a Santa Sé e as associações internacionais

SUMÁRIO. 71—Observações gerais. 72—A personalidade colectiva e a Santa Sé. 73—A personalidade colectiva e a sociedade das nações. 74—A personalidade colectiva e as uniões administrativas internacionais. 75—A personalidade colectiva e as associações internacionais de indivíduos ou de associações nacionais Págs. 269 a 285

CAPÍTULO III

Princípio fundamental de determinação da lei aplicável às diferentes relações jurídicas, para o efeito da resolução dos conflitos de leis

SECÇÃO I

Fórmula e evolução do princípio

§ I

Fórmula do princípio

SUMÁRIO. 76—Genese, conceito e interesse do problema dos conflitos de leis. 77—Os elementos de conexão das relações jurídicas com as leis de diferentes Estados e o sentido geral da resolução do problema dos conflitos de leis. 78—A personalidade e a territorialidade das leis como soluções do problema. O princípio do reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras como o princípio fundamental que, no momento actual, domina o problema dos conflitos de leis. 79—Carácter do princípio; sua tendência evolutiva Págs. 284 a 295

§ II

Evolução doutrinária do princípio

DIVISÃO I

Teoria dos estatutos

SUMÁRIO. 80—Motivo da designação de *Teoria dos estatutos* dada à primeira fórmula doutrinária da resolução dos conflitos de leis. Escolas estatutárias. 81—Escola estatutária italiana. Meio histórico em que se formou, forma que revestiu e método que adoptou. Seus principais representantes. 82—Escola francesa do século XVI. Organização da doutrina estatutária. Sistema de D'Argentré. Destino da sua doutrina. 83—Escola holandesa. Seus representantes e seus princípios. As bases lógicas da teoria. 84—Escola francesa do século XVIII. Seus representantes. Seu carácter de escola de transição. 85—Crítica da teoria dos estatutos. 86—Resultados da teoria. 87—Teoria neo-estatutária. 88—A doutrina anglo-americana como uma doutrina *quasi-estatutária*. 89—A teoria dos estatutos em Portugal Págs. 294 a 326

DIVISÃO II

Doutrinas da comunidade de direito

SUMÁRIO. 90—Orientação geral: I—Princípio da comunidade de direito. 91—II. A ideia de justiça como fundamento da aplicação das leis estrangeiras. 92—Determinação geral dos sistemas doutrinários que se integram nas doutrinas da comunidade de direito. 93—Sistema de Savigny: I—*Princípios* de realização da comunidade de direito. 94—II. *Organização* do sistema pela aplicação desses princípios. 95—III. *Limites* da

comunidade de direito. 96—IV. *Valor e influência* do sistema. 97—Escola italiana fundada por Mancini. —I. Base doutrinária. 98—II. Princípios de organização. 99—III. *Forma de organização*. 100—IV. Inovações e influência. 101—Sistema de Antoine Pillet. —I. Princípios. 102—II. *Organização*. 103—III. Comparação com as doutrinas anteriores—Inovações. 104—Conclusões gerais. 105—As doutrinas da comunidade de direito em Portugal Págs. 327 a 365

§ III

Evolução jurídica do princípio

SUMÁRIO. 106—Sentido da fórmula *evolução jurídica*. 107—O princípio do reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras e o *costume internacional*. 108—Afirmção do princípio nas *leis internas*: I. O código civil da Prússia, de 1794, como uma lei de tipo estatutário puro. 109—II. O código civil de Napoleão e a influência da unificação geral do direito francês sobre os seus preceitos em matéria de direito internacional privado. 110—III. O código civil italiano e a influência da doutrina de Mancini. 111—IV. O código civil argentino e a influência da doutrina de Savigny. 112—V. O direito suíço e a associação da lei nacional e da lei do domicílio como lei pessoal. 113—VI. A lei de introdução do código civil alemão, a sua tendência para estabelecer regras unilaterais de conflitos de leis e a sua tendência territorialista. 114—VII. A lei japonesa de 1898 e a sua orientação no sentido de estabelecer regras bilaterais de conflitos de leis e de aceitar a lei nacional como lei pessoal. 115—VIII. Código civil brasileiro. O seu valor como sistema de princípios gerais de direito internacional privado. 116—IX. Direito português. O seu modo de ser actual e as suas imperfeições. 117—Tratados plurilaterais: I. Tratado de Lima. Associação da lei nacional e da lei do domicílio como lei pessoal. 118—II. Tratados de Montevidéu. Influência da doutrina de Savigny. 119—III. Convenções da Haia. A organização concreta do regime jurídico internacional das instituições do direito privado, a aceitação sistemática da lei nacional como lei pessoal e a determinação específica das leis de ordem pública internacional Págs. 364 a 395

SECÇÃO II

Organização do princípio

§ I

Elementos e forma geral de organização

SUMÁRIO. 120—Elementos de organização do princípio do reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras: I—A determinação da lei normalmente competente para regular as relações jurídicas como função específica do direito internacional privado quanto ao problema dos conflitos de leis. II—Os elementos de conexão das relações jurídicas com as regras de direito como meio de fixar a lei normalmente competente. III—A natureza das relações jurídicas e o fim social das leis como processo de determinação da lei normalmente competente. IV—O princípio da comunidade de direito como causa final da organização científica e legal da teoria da resolução dos conflitos de leis. V—Limite da aplicação das leis estrangeiras pelas leis de ordem pública internacional. VI—Classificação das leis, para o efeito da resolução dos conflitos, em leis de competência personalizadas, leis de competência localizada, leis de competência voluntária e leis de ordem pública internacional. VII—A ideia de justiça como fundamento da aplicação das leis estrangeiras. 121—Forma de organização: regime jurídico internacional dos elementos da relação jurídica e regime jurídico internacional das instituições do direito privado. Págs. 394 a 412

§ II

Leis de competência personalizada ou leis pessoais

- I Determinação:** 122—Formas da lei pessoal: lei do domicílio e lei nacional. O problema da determinação da lei pessoal. Evolução doutrinária. 123—Evolução do direito positivo. 124—Apreciação crítica do problema. Aceitação do princípio da competência da lei nacional. 125—Competência subsidiária da lei do domicílio. 126—Determinação da lei pessoal no caso de mudança de nacionalidade. Págs. 413 a 432
- II Esfera de aplicação:** 127—Estado e capacidade das pessoas: doutrina, direito comparado, tratados plurilaterais, direito português. 128—Direitos de família: capacidade matrimonial; direitos pessoais e patrimoniais dos cônjuges; relações jurídicas entre pais e filhos; tutela e curatela. 129—Direitos de sucessão: sucessão legítima e sucessão testamentária. 130—Doações. Estado da doutrina e do direito positivo. 131—Critério geral Págs. 433 a 449
- III Conflitos das leis pessoais:** 132—Revelação dos conflitos das leis pessoais. Problema da sua resolução. 133—Sistemas doutrinários para a resolução do problema: Varenilles-Sommières, Pillet, Champcommunal e Surville. Sua exposição. 134—Direito comparado e tratados colectivos. 135—Direito português. 136—Critérios de resolução.—I. Conflitos de leis pessoais referentes à constituição de um *estado relativo*: princípio fundamental. 137—II. Conflitos relativos aos poderes e deveres legais que resultam de um determinado estado: tutela e curatela; direitos e deveres pessoais e patrimoniais dos cônjuges; capacidade da mulher casada; relações entre pais e filhos; direito a alimentos, fundado no parentesco Págs. 449 a 467

§ III

Leis de competência localizada

- SUMÁRIO.** 138—Conceito e caracteres. 139—Determinação.—I. Leis relativas à propriedade imobiliária e à propriedade mobiliária. 140—II. Leis relativas à forma externa dos actos. 141—III. Leis relativas aos direitos de crédito resultantes de factos voluntários lícitos. 142—IV. Leis relativas à responsabilidade civil derivada de factos ilícitos. 143—V. Leis de competência e processo. 144—VI. Leis relativas ao património como garantia comum dos credores. Transição entre as leis de competência personalizada e as leis de competência localizada. 145—Princípio de diferenciação entre as duas categorias de leis Págs. 468 a 485

§ IV

Leis de competência voluntária

- SUMÁRIO.** 146—Conceito e caracteres das leis de competência voluntária. 147—Referência descritiva. 148—Princípio da autonomia da vontade em direito internacional privado. Conceito, origem, evolução, organização e esfera de aplicação. 149—O princípio da autonomia da vontade no direito português; direitos de crédito, regime dos bens dos cônjuges, direitos reais e devolução da quota disponível. Págs. 486 a 505

§ V

A determinação da lei normalmente competente nos casos de conflitos de qualificação, de conflitos de regras de competência legislativa, de sucessão de regras de conflitos de leis e de fraude à lei

- I. Conflitos de qualificação.** 150—Observação preliminar. 151—Revelação dos conflitos de qualificação. 152—Sistemas doutrinários de resolução dos mesmos conflitos. Sua crítica. Págs. 506 a 511

- II. Conflitos de regras de competência legislativa.** 153—Causa, revelação e conceito desses conflitos. 154—Formas dos conflitos: conflito positivo e conflito negativo. 155—Resolução dos conflitos. Princípios gerais. 156—Resolução do conflito positivo. 157—Resolução do conflito negativo. *Questão da devolução.* Teorias para a resolver: teoria da referência à lei interna estrangeira; *teoria da devolução.* 158—A teoria da devolução na sua forma clássica de teoria de interpretação das regras de competência legislativa da *lex fori.* 159—A teoria da devolução como teoria de competência legislativa. 160—A teoria da devolução na jurisprudência e na legislação dos diferentes países e nos tratados plurilaterais. 161—A teoria da devolução em face do direito português. Págs. 511 a 543
- III. Sucessão das regras de conflitos de leis.** 162—Fórmula do problema. Teorias formuladas para o resolver. Teoria da retroactividade. 163—Teoria da não retroactividade. 164—Teoria de Anzilotti. Sua apreciação Págs. 543 a 549
- IV. A fraude à lei em direito internacional privado.** 165—Termos do problema. 166—O problema perante o direito positivo dos diferentes países. 167—Soluções doutrinárias. Crítica. Págs. 549 a 555

§ VI

Leis de ordem pública internacional

- SUMÁRIO.** 168—Conceito geral das leis de ordem pública, como leis-limite da aplicação das leis normalmente competentes para regular as relações jurídicas. 169—Reconhecimento pela doutrina e pelo direito positivo do limite de aplicação das leis estrangeiras pelas leis de ordem pública. 170—Determinação das leis de ordem pública: I. Critério geral. 171—II. Diferenciação entre as leis de ordem pública interna e as leis de ordem pública internacional. 172—III. Diferenciação entre as leis de ordem pública internacional e as leis que são estranhas aos conflitos das leis de direito privado. 173—IV. Diferenciação entre as leis de ordem pública internacional e as leis de competência localizada. 174—V. Grau de possibilidade da especificação das leis de ordem pública internacional. Especificação feita por Savigny, Mancini, Catellani, Bustamante e Pillet. Apreciação crítica do problema. 175—Qualidades das leis de ordem pública internacional. 176—Caracteres dessas leis: competência e efeito. 177—Funções das leis de ordem pública internacional: função proibitiva e função permissiva. 178—As leis de ordem pública internacional no direito português. 179—As leis de ordem pública internacional e os conflitos de instituições Págs. 556 a 596

§ VII

Conflitos de leis e conflitos de jurisdições

- SUMÁRIO.** 180—A intervenção dos representantes do poder público na vida jurídico-privada e os conflitos de jurisdições. 181—Conteúdo do problema dos conflitos de jurisdições. Diferença entre a competência jurisdicional ou internacional e a competência interna. 182—Relações entre a competência legislativa e a competência jurisdicional. Formas de dependência da competência das jurisdições da competência das leis. I—Dependência específica. 183—II—Dependência geral. Conflitos de jurisdições propriamente ditos. 184—A função da vontade na determinação da competência internacional. 185—Critério de apreciação da competência jurisdicional das autoridades e tribunais estrangeiros. Págs. 597 a 609

CAPÍTULO IV

Reconhecimento dos direitos adquiridos em país estrangeiro

§ I

Princípio geral

SUMÁRIO. 186 — Fórmula do problema do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos. Princípio fundamental que domina o problema. 187 — Carácter do princípio. 188 — Organização do princípio: seus limites e condições de aplicação. 189 — Independência científica e pedagógica do problema do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos. 190 — O reconhecimento internacional dos direitos adquiridos e a mudança da lei reguladora das relações jurídicas, ou a aneção de territórios Págs. 610 a 625

§ II

Sentenças de tribunais estrangeiros

SUMÁRIO. 191 — Os efeitos jurídicos das sentenças e o estado actual do direito internacional positivo sobre o seu reconhecimento. 192 — Sistemas e tendências das legislações sobre o reconhecimento do valor e eficácia das sentenças proferidas por tribunais estrangeiros. 193 — O problema do reconhecimento das sentenças estrangeiras perante as associações científicas e nos tratados plurilaterais. 194 — Apreciação crítica dos sistemas seguidos no direito positivo acerca do reconhecimento das sentenças estrangeiras. 195 — Sistema adoptado pelo direito português. Orientação geral. 196 — Desenvolvimento do sistema. A) REGIME GERAL. I — *Sentenças estrangeiras susceptíveis de confirmação*. Análise do problema quanto à matéria da decisão, quanto à natureza do tribunal e quanto ao carácter da decisão. 197 — II — *Sentenças sujeitas a revisão e confirmação*. Nacionalidade das partes. 198 — Nacionalidade do tribunal. 199 — Natureza do tribunal. Sentenças arbitrais. 200 — Efeito da sentença: a sentença como título executável, como caso julgado e como documento. 201 — Objecto da decisão: sentenças relativas ao estado e capacidade das pessoas, sentenças relativas à falência e sentenças relativas a uma qualidade das pessoas. 202 — Natureza contenciosa ou graciosa da jurisdição. 203 — III — *Condições de confirmação das sentenças estrangeiras*. Autenticidade e inteligibilidade da sentença. 204 — Trânsito em julgado. 205 — Competência do tribunal estrangeiro. 206 — Regularidade da citação e verificação legal da revella. 207 — Conformidade com as leis de ordem pública internacional. 208 — Verificação da aplicação da lei portuguesa competente quando a sentença seja proferida contra um cidadão português. 209 — Dever imposto às Relações de conhecerem *ex officio* das condições de confirmação das sentenças estrangeiras. 210 — IV — *Competência e processo*. Critérios de determinação do tribunal competente para rever e confirmar as sentenças estrangeiras. Forma do processo. 211 — B) REGIME ESPECIAL. Leis internas. 212 — Tratados vigentes entre Portugal e as potências. 213 — Relações entre os tratados e o direito comum. Págs. 624 a 704

§ III

Fôrça executiva dos títulos exarados em país estrangeiro