

RUI MANUEL GENS DE MOURA RAMOS

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E CONSTITUIÇÃO

INTRODUÇÃO A UMA ANÁLISE DAS SUAS RELAÇÕES

3.ª REIMPRESSÃO



Composta e impresso nas oficinas da
COIMBRA EDITORA, LIMITADA

COIMBRA EDITORA, LIMITADA
1 9 9 4

escolha do melhor direito pelo juiz da causa — todas elas vias para uma materialização do DIP que conhecem hoje algum desenvolvimento e que, desgastando a imagem tradicional da nossa disciplina vêm a compor uma outra onde já terá lugar, ou pelo menos já não será absurdo como se pretende no contexto do entendimento tradicional, a referência dos seus comandos legais à Constituição, aos seus princípios e às suas normas.

CAPÍTULO II

A SUPERACÃO DAS IDEIAS DA NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA E DA NUDEZ VALORATIVA COMO MOMENTOS ESSENCIAIS DO DIP. O DIP ENQUANTO VEÍCULO DE EXPRESSÃO E DEFESA DE CONCEPÇÕES PÚBLICAS E MESMO POLÍTICAS

25. A ideia de um completo distanciamento do DIP perante os resultados materiais resultantes da aplicação dos seus comandos não foi contudo a única que sofreu forte ата- que das mais modernas orientações da nossa disciplina. E de estranhar seria que assim fosse, pois se não compreendia que as novas tendências — visando ao que se deduz das suas próprias palavras uma quase «refundação» do direito aplicável às relações internacionais — deixassem intocado o pilar teórico que no fundo sustenta e justifica a afirmação do referido desinteresse do DIP pelos resultados da sua aplicação, do seu carácter decisivamente não material, formal.

Esclamamos a pensar no verdadeiro axioma que é para a doutrina tradicional a afirmação da «pureza» do DIP, da sua radical neutralidade axiológica, da sua imunidade aos valores que orientam o ordenamento jurídico em que se integra. Veste esta que constitui suposto indispensável da alegação comumente repetida do carácter exclusivamente técnico dos seus comandos-legais, da indiferença das opções nêtas contidas, no fundo, da impermeabilidade do DIP às formas de organização dos homens em sociedade e às concepções últimas que as determinam. Enquanto matéria de natureza predominantemente técnica o DIP seria quase um não-direito, algo que

definitiva como que as meras régras de jogo indispensáveis à cohabitação das várias ordens jurídicas ou então, pelo menos, um direito «tecnocratizado», porque despedido de preocupações de dever-ser, dispensado de prestar atenção a quaisquer *considerandums* valorativos e apenas preocupado em maximizar a perfeição dos seus mecanismos de actuação.

Paradoxalmente embora, à estrutura, opções e modo de ser do DIP não estaria assim subjacente qualquer ideia-de-Direito, enquanto ideal de realização de Justiça nas relações humanas. Os comandos da nossa disciplina seriam pois determinados por um imperativo que em si mesmo nada teria a ver com qualquer concepção de justiça e com a consequente tarefa de modelação das sociedades que esta implica, de modo a permitir orientar a contínua caminhada do ser no sentido do dever-ser a que no fundo as ordens jurídicas se dirigem.

O DIP não seria assim um instrumento ao serviço de qualquer *política* (no caso a que permitisse a realização da justiça) mas uma ordenação visando funções de mera *polícia* (concretamente, de controlo das esferas de aplicação das várias ordens jurídicas). Daí a aproximação que dele fizemos ao direito administrativo de um OTTO MAYER¹²⁷ concebido à base de premissas algo semelhantes.

Na actualidade, uma tal construção, que faz da nossa disciplina um direito formal, em branco, sem conteúdo, demarca o DIP do resto da criação jurídica, mesmo da do direito privado, toda ela acentuando hoje a dimensão social que é reconhecida nos nossos dias também a um direito outrora visto como o refúgio do homem, da sua liberdade absoluta e da sua esfera privada de acção. Institutos como o abuso do direito não são mais, como é corrente afirmar-se, do que a introdução no direito civil da ideia de uma função social que limitaria o uso e a expansão das facultades jurídicas às finalidades em ordem às quais tinham sido postas ao dispor dos indivíduos^{127bis}. O reconhecimento do relevo

¹²⁷ Cfr. *supra*, Introdução, pág. 34.

^{127bis} Cfr. a propósito CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto*, cit., págs. 513-530, e CUNHA DE SA, *O abuso do direito*, Lisboa, 1973.

de tais finalidades na medida e extensão dos direitos privados aparece assim aos nossos olhos qual índice seguro daquela «desprivatização» ou «socialização» communmente assinalada neste sector do jurídico¹²⁸.

Indiferente a ela, continuaria no entanto o DIP a regular em abstracto o alcance pessoal e territorial das leis, obedecendo a princípios próprios, transpocais, que escapariam ao âmbito das disputas sobre os melhores meios para conseguir o justo e alcançar o bem comum, e, de igual modo, às incidências destas na modelação das sociedades civis prosseguida tanto através do direito público como do direito privado¹²⁹.

Recentemente, contudo, foi posto em causa a partir de vários quadrantes que fosse essa a postura correcta e real do DIP. Particularmente, enquanto ramo de uma ciência social, não se entenderia a sua alergia aos valores e preocupações que constituem o núcleo distintivo daquelas, a sua indiferença, não já quanto aos resultados concretos da aplicação dos seus comandos¹³⁰ como agora quanto à prossecução de certos fins sociais que a ordem jurídica no seu todo tem em vista e cuja realização promove através dos seus vários sectores. Não se compreendia a sua sistemática não participação nas tarefas de modelação da sociedade que o Direito enquanto tal não está dispensado de visar. Não se aceitava a sua insensibilidade à promoção e actuação dos valores jurídicos fundamentais.

Ao tempo que se avançava esta crítica, propunha-se uma nova imagem do DIP, também aqui o «normalizando» em relação aos demais sectores normativos, ao postular a sua necessária permeabilidade aos valores que orientam o orde-

¹²⁸ Cfr. a propósito L. RAISER, *Die Zukunft des Privatrechts*, Berlin, 1971, *passim*.

¹²⁹ Mantemos aqui a distinção atenta a longa tradição que a recomenda, o aplauso que ainda encontra e a facilidade expositiva que permite, não ignorando no entanto a progressiva descaracterização que sofre sobretudo em virtude do processo a que no texto fazemos referência.

¹³⁰ A este respeito veja-se o que fica dito no Capítulo I.

namento jurídico e a necessária, ainda que discreta, passagem do âmbito reservado e abstrato em que se situara até então para o domínio do social e do público. A este propósito puderam autores identificados com o pensamento dominante falar de uma «política»¹²¹ do DIP.

26. Ao falar-se aqui agora em politização do DIP importa contudo acentuar que a esta expressão haverá que dar um conteúdo preciso de modo a não a identificar com qualquer interacção dos dois domínios — o da política e o do DIP — ou mesmo com qualquer intervenção dominante daquela neste.

Com efeito, e pese embora a correspondência da imagem de marca do DIP que temos vindo a traçar à que é delineada pela doutrina dominante, é certo que razões de ordem política apareceram em certas alturas não só a assumir-se como respostas às questões básicas da nossa disciplina como a constituir mola fundamental do sentido do seu desenvolvimento. Estamos a pensar em doutrinas como a da *Comitas* — que via o fundamento da aplicação do direito estrangeiro e a existência de normas de conflitos como meras expressões da vontade incondicionada do foro, dos seus critérios de oportunidade e de conveniência — e em concepções como a de MANCINI que constroem todo o sistema do DIP em ordem a também por este novo meio fazer vingar um propósito político.¹²² São de igual modo conhecidas a importância que con-

¹²¹ NEUBAUS, *Neue Wege*, cit., pág. 403.

¹²² É de facto corrente a afirmação de que a doutrina de MANCINI se enquadra toda ela no espaço variado e multiforme que serviu de avanço e de justificação ao *Resorgimento italiano* de fins do século XIX. A eleição da conexão nacionalidade e a sua colocação no fulcro do sistema do DIP não passaria assim de um mero efeito lateral da ideologia política que, assentando na ideia de Nação como travé-mestra da organização estadual, esteve na base da unificação política da península italiana e de outros movimentos, quer de independência quer de unificação, que agitaram a Europa oitocentista na sequência do estuário do sonho imperial de BONAPARTE e do reordenamento político operado no Congresso de Viena sob a batuta da Santa Aliança. (Neste sentido, por ex., YVON LOUSSOURAÏN, *Cours*, cit., pág. 277; DE NOVA, *Dottrine corrente e nuove tendenze nel diritto internazionale privato ita-*

cepções políticas (ou circunstâncias de natureza política) têm desempenhado, quer na determinação do elemento de conexão relevante para dadas matérias jurídicas (como o estatuto pessoal), quer no entendimento, extensão e modo de funcionamento da cláusula de ordem pública internacional, quer na tendência particularmente notada no DIP tradicional de preferir a justiça do caso, a segurança das relações internacionais.¹²³

Não é no entanto a estas manifestações que se alude ao falar-se tradicionalmente em politização do DIP. O que ora está em causa é, no fundamental, toda uma corrente de pensamento para quem o DIP não é já um exótico sector do jurídico dominado obsessivamente por preocupações de garantia da previsibilidade da lei que regerá as relações internacionais — escopo este identificado com o interesse primacial das partes nelas interessadas — mas antes um ramo do Direito que como os demais, ainda que por formas e com intensidade diversas, participa igualmente numa tarefa de modelação da sociedade a que se dirige e que, por isso mesmo, à sua maneira embora, comunga da mesma *Weltanschauung* que subjaz a todo o Direito e tenta realizar, no seu campo próprio, aqueles fins a que o ordenamento no seu todo vai colimado. Mais simplesmente, o DIP passa a ser também responsabilizado

iano, *Anuario di diritto internazionale*, 1966, pág. 665; AGUILAR NAVARRO, *Algunos supuestos políticos del derecho internacional privado*, REDI, vol. XIII (1960), pág. 47. No nosso *Dos direitos adquiridos*, cit., págs. 175-180, chamámos igualmente a atenção para a importância da influência do princípio das nacionalidades na viragem para o nacionalismo particularista que o DIP sofreu em fins do século passado).

E, de todo o modo, não se esqueça a célebre profissão de fé de BARRIN no pórtico de uma das suas obras, segundo a qual o DIP mais não seria, para este autor, «que a forma jurídica da ideia de Pátria, nas relações de direito privado» (*Principes de droit international privé*, Paris, 1930, no prefácio, *in fine*).

¹²³ Neste sentido e vindo na hipervalorização da segurança e na acentuação dos interesses estaduais o perigo de um transpessoalismo nacionalista veja-se JACQUES MAURY, *Observations sur les aspects philosophiques du droit international privé*, *Revue*, vol. XIV (1957), pág. 262. Cfr. igualmente NEUBAUS, *Legal Certainty*, cit., *passim*.

— e agora não apenas por via de excepção como sucedia com a ordem pública internacional — pela promoção dos valores que a comunidade sente como seus, para tanto os plasmando nos critérios em ordem aos quais são dirimidos os conflitos de interesses entre os particulares e entre estes e o Estado. Dele se devendo pois dizer, como o fez KRONSTEIN¹⁴ referindo-se ao Direito em geral, que «o DIP não é neutro, é antes inseparável da Ordem, na verdade da nossa ordem, daquela em que a nossa lei acredita».

Não se ignoram os riscos que uma tal concepção pode correr e as críticas que desde logo lhe serão feitas. É certo que ao defender-se a necessidade de fazer penetrar os valores base de cada ordem jurídica na regulamentação das relações internacionais se pode estar a fazer resvalar o DIP para o campo do particularismo nacional, onde BARTIN¹⁵ entre todos o pretendeu ancorar, com os conhecidos inconvenientes que uma tal construção tem para uma disciplina que mais do que qualquer outra deve olhar-se como um espaço de diálogo entre as várias ordens jurídicas existentes. E nem sequer se duvida que por aí possamos chegar à paralisação das relações internacionais. No entanto importa não esquecer que também não é satisfatória aquela outra forma de ver o DIP que o encerra num *ghetto* inacessível à influência das ideias-força que comandam a sociedade a que ele se dirige. E, de resto, os passos dados na direcção que referimos não conduziram a resultados tão clamorosos e chocantes que tivessem provocado o repúdio unânime da doutrina. Antes, como iremos ver, orientações que prenunciavam ou incorporam mesmo a prossecução pelas regras de conflitos de fins de cariz acentuadamente público são hoje aceites pacificamente pela maioria dos autores.

Em vista do que parece poder concluir-se estar o DIP também condenado a assumir como *leit-motiv* da visão global que preside aos seus concretos comandos os mesmos valores em ordem aos quais a comunidade entende que deve ordenar-se o agir humano em sociedade.

¹⁴ *Neue amerikanische Lehren...*, cit., pág. 246.

Conceber assim o DIP — e o mesmo se pode dizer do direito privado no seu todo — é fazê-lo também sede de uma problemática inicialmente reservada aos sectores do jurídico que se deixam amalgamar sob o denominador comum do direito público. Daí que se fale a este propósito em publicação, politização ou socialização do DIP (como do direito privado).

Voltando agora só à nossa disciplina, importa referir que nem todas as correntes que a seguir abordaremos assumem claramente a vocação de fazer o DIP aceitar a sua quota parte de responsabilidade na modelação e vertebração da sociedade civil. Enquanto umas se limitam a demarcar-se da orientação tradicional à qual introduzem correctivos e aditamentos que, não rompendo embora o equilíbrio da construção anterior, prenunciavam já um novo entendimento global do DIP, outras há que afirmam sem rebuço a vinculação deste a fins públicos, e a sua indivel ligação aos valores comunitários.

Começaremos por nos referir às primeiras ao falar daquilo a que chamaremos «desprivatização» do DIP: por este termo queremos apenas significar o distanciamento efectuado por algumas novas orientações doutrinárias do carácter neutro e formal da nossa disciplina.

Trataremos em seguida daqueles casos em que se afirmou directa e claramente dever o DIP ser entendido como um sector normativo que ou visa pura e simplesmente interesses estaduais, ou está inserido, como de resto todos os demais ramos do Direito, numa obra de modelação da sociedade, sendo por isso igualmente sensível aos valores que esta reconhece serem os seus. Daí que a propósito deles falemos em «publicização» do DIP.

Quer uns quer outros possibilitam no entanto sápar as características da concepção tradicional que permitiriam conhecer o DIP como intencível aos valores e princípios públicos e logo também aos constitucionais. Daí a razão pela qual os abordaremos.

seção. 1
A DESPRIVATIZAÇÃO, DO DIP

27. As orientações a que ora dedicaremos a nossa atenção têm em comum, por um lado, o não se conceberem como novas formulações do DIP tradicional ou alternativas de fundo à construção dominante, mas antes como meros complementos da construção teórica existente; e, por outro lado, o acentuarem a permeabilidade e a abertura do DIP a valores ou princípios de direito público (interno ou internacional).

A primeira característica apontada faz com que a doutrina clássica tenha na sua maioria integrado as novas contribuições que vamos referir sem que isso tenha acarretado dano de maior à imagem tradicionalmente vigente do DIP. Igualmente, os autores que as têm apresentado não vêm nela nada de radicalmente novo ou incompatível com os esquemas e estruturas clássicas, antes salientando a natural complementaridade entre as novas perspectivas e a construção de conjunto em que as pretendem inserir.

O segundo momento, que é o que dá o tom e o sal a esta «desprivatização» do DIP, tem a ver com o assinalar das interdependências entre o DIP e o direito internacional público e ainda com uma abertura da nossa disciplina aos imperativos de interesse geral e às normas que os actuam. É por aqui que entra um sangue algo novo no organismo complexo do DIP tradicional. No entanto, também neste caso os efeitos da transformação têm que ser cuidadosamente vigiados não se revelem eles incompatíveis com as características do doente, acerbando apenas por lhe agravar os males. E a justificação para tais cuidados está em que o paradoxo máximo do DIP — o que-rer prosseguir como diz BATTIFOL¹⁵ um empreendimento internacional com meios meramente nacionais — vê ainda os seus traços opostos tingirem-se mais. Com efeito, a publicação do direito privado, ajustando-o cada vez mais aos interesses globais de cada sociedade estadual, vem dimi-

¹⁵ *Aspects philosophiques, cit.*, pág. 103.

nir as possibilidades de encontro e negociação (digamos assim) com as outras ordens jurídicas. Será cada vez mais difícil coordenar a aplicação e organizar a convivência de leis que, porque mais sensíveis ao interesse geral, suportarão menos a intrusão de critérios estrangeiros¹⁶. Pese embora a estes efeitos não procurados o certo é poder notar-se uma acentuação das incidências de natureza pública no DIP.

Referiremos três pontos em que isso se verifica: o acentuar das relações entre o direito internacional público e o DIP; a questão das chamadas leis de aplicação necessária ou imediata; e, finalmente, o problema da consideração pelo DIP das normas estrangeiras de direito público.

A. *As relações entre o DIP e o Direito Internacional Público.*

28. O ponto a que ora faremos sucinta referência, se constitui a um lado motivo clássico de reflexão no seio da teoria do DIP, é porventura o menos relevante no contexto que ora nos preocupa, por ser o que apresenta propostas menos ousadas no sentido de uma intervenção de valores públicos no domínio do DIP.

É conhecida a forma como a questão era tradicionalmente abordada na nossa disciplina. Estava em causa o debate entre as chamadas teorias monista e dualista sobre a natureza do DIP. Para as primeiras ele formava um todo com o direito internacional público, não constituindo os seus comandos mais do que mera dedução dos princípios deste último. Foi este o ponto de vista sustentado por SAVIGNY, por MANCINI — o autor que partindo dos mesmos princípios que o anterior viria a fundar a sua teoria do DIP em bases algo diferentes das daquele — pela escola francesa de fins do século XIX com FÉLIX, DESVAGNET e WEISS entre outros — e, já no nosso século, por ERNST ZITTELIMAN. O conjunto de razões a que já acima fizemos referência e que considerámos responsáveis

¹⁶ Ver também GORNOR, *Le renouveau, cit.*, pág. 9.

pelo declínio das ideias universalistas do DIP¹¹⁷ vicia no entanto a não permitir a sustentação de tais pontos de vista, sobretudo tendo presente o progressivo entrosamento do DIP ao direito interno de cada Estado, com a inerente «nacionalização» das suas normas e estruturas. O DIP passa assim a ser olhado como puro direito interno, e é considerado pela doutrina (TRUPPEL e ANZILOTTI, por exemplo) independentemente do direito internacional público.

Tal entendimento cedo se vem a tornar dominante e é mesmo consagrado pela jurisprudência do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, em 1929, por ocasião das decisões proferidas em relação aos célebres casos dos empréstimos sérvios e brasileiros. A partir daí não mais se contesta a natureza interna do DIP¹¹⁸.

Não é pois um reavivar da polémica entre as escolas monista e dualista que ora temos em mente ao retomar o tema das relações entre o DIP e o direito internacional público.

Com efeito, a categórica afirmação da suprema instância da jurisprudência internacional da altura, se situou sem margem para dúvidas o DIP no terreno do direito interno, nacional, não podia pretender negar a evidência da existência de pontos de contacto entre as duas disciplinas. Se até 1949 o DIP foi preferentemente identificado com as normas nacionais de conflitos de leis ou com o direito interno material especial para as relações internacionais (de um ROBERTO ADO, entre outros) isso ficou-se a dever, para além de outros motivos, ao clima mental que perdurou até ao fim da segunda guerra mundial e do qual podemos encontrar exemplares expressões no tratamento jurídico das questões da nacionalidade e da condição dos estrangeiros¹¹⁹. O final da guerra e

¹¹⁷ Vide *supra*, Introdução, págs. 18-23.

¹¹⁸ Neste sentido, por ex., entre nós, FERRER CORREA, *Lições*, cit., págs. 27 e segs.

¹¹⁹ Estes dois problemas foram efectivamente afectados de forma clara pelas circunstâncias político-sociais dominantes. Pense-se, quanto à nacionalidade, nos actos de privação colectiva da nacionalidade a largos sectores das populações dos Estados de que foi palco a Europa

o retomar de um certo universalismo que marcou a Europa do início dos anos 50 vieram contudo permitir a acentuação da dimensão internacionalista do DIP e a tomada de consciência de uma vocação que o seu objecto tinha por força de situar no quadro de uma certa superação de perspectivas unicamente nacionais.

Sem que se conteste no entanto a sua natureza nacional, o DIP passa assim a ser correntemente visto como uma ordenação para as relações internacionais, um direito que pelo seu escopo, é, por assim dizer, internacional. E se tal facto não implica qualquer corteção ao admitido geralmente a propósito da sua natureza, o mesmo se não deverá já dizer da sua estrutura. Significativamente, é por esta altura e sobre a influência do referido escopo internacionalista atribuído ao DIP que se começa a assinalar a vantagem dos seus conceitos se emanciparem do conteúdo que têm no direito interno correspondente e de se abrirem ao legislado nos diferentes ordenamentos em presença, assumindo a forma de *conceitos-questão* — como tais passíveis de ser preenchidos por conteúdos antagónicos incorporados em normas de diferentes sistemas desde que tendo em vista uma mesma questão de direito — e não de *conceitos-resposta*¹²⁰.

Para além dos efeitos que produz sobre a estrutura dos mecanismos do DIP, o internacionalismo dominante encontra outras formas de o aproximar do direito internacional público. O ponto comum e mais importante destas concepções é o que salienta a necessidade de ambos os ramos de direito em questão serem vistos como aspectos do mesmo problema — a regulamentação das relações internacionais¹²¹.

do nosso século (veja-se o nosso *Nacionalidade e Descolonização. Algumas reflexões a propósito do decreto-lei n.º 308-A/75, de 24 de Junho*, Revista de Direito e Economia, Ano II (1976), pág. 336); e quanto à condição dos estrangeiros a influência que sobre a sua regulamentação teve por exemplo a última guerra.

¹²⁰ Terminologia de BURCKHARDT (*Methode und System des Rechts*, Zurique, 1936, pág. 70) que recolhemos em BAPTISTA MACHADO, *Ambito*, cit., pág. 258.

¹²¹ Assim, por ex., B. A. WORTLEY, *The interaction of Public and International Law Today*, Recueil, 85 (1954-1), págs. 245-246 e 255-258.

Mais do que isso, a questão não se limitaria a uma identidade de objecto mas a uma origem comum — o *jus gentium* — e a princípios orientadores contíguos ou semelhantes. E a partir de reflexões como esta que se justificam trabalhos como os de HAMBRO¹⁴² dirigidos à busca das interrelações reciprocas existentes entre o DIP e o direito internacional público.

Se, num primeiro momento, os esforços se dirigem neste sentido, breve se orientam para uma via que, longe de salientar meras interrelações, procura traços de uma subordinação do DIP ao direito internacional público, retomando, embora apenas em aspectos parcelares, a direcção preconizada por ZITTELMAN. O objecto destas tentativas é o de demonstrar que as conexões generalizadas na prática e nas legislações sobre o DIP não o foram por mero acaso ou por correspondência às necessidades da prática, mas por acharem o seu fundamento em verdadeiras normas ou princípios de direito internacional público¹⁴³. Tal caminho, no entanto, breve se vem a demonstrar falho de perspectivas, na medida em que a maioria da doutrina se recusa a admitir não só a existência de qualquer regra de direito internacional público que imponha a admissão desta ou daquela regra de conflitos, como nem sequer aceita a existência de um princípio da mesma natureza que obrigasse cada Estado a tomar em consideração os direitos dos demais e, nessa medida, a não excluir em termos de princípio a aplicação do direito estrangeiro¹⁴⁴.

¹⁴² *The relations between international law and conflict law*, Recueil, 105 (1962-3), págs. 7-66. A ideia de um conjunto de princípios-base, comuns ao DIP e ao Direito Internacional, parece manifestar-se já na obra de HUBER. Neste sentido H. YNTEMA, *The Comity Doctrine*, cit., págs. 84-85.

¹⁴³ HAMBRO, *op. cit.*, págs. 47-63. Ver também o nosso *Nacionalidade*, cit., págs. 143-148 e 331-339.

¹⁴⁴ Cfr. além da obra e locais citados na nota anterior FAUSTO POCAR, *Quelques aspects des interférences entre le droit international privé et le droit international public*, in *Le droit international demain*, Neuchâtel, 1974, págs. 41 e segs.

Não parece ser pois no plano das limitações à liberdade dos Estados que, pelo menos na actualidade, o direito internacional público interfere com o DIP. Antes se poderia dizer que o campo dessa interferência está antes dependente de um certo uso dessa liberdade estadual, de forma alguma se lhe antepondo. Estamos a pensar nos tratados internacionais, eles próprios produtos da liberdade estadual, mas cujas regras — no caso as de DIP — depois de aprovadas, assumem a natureza de normas de direito internacional público convencional, passando a impor-se aos Estados contratantes que incorrerão em responsabilidade internacional se as não cumprirem.

Pese embora à importância de que este modo de o direito internacional público interferir no DIP se possa reverter, quer em termos quantitativos quer em termos qualitativos¹⁴⁵, o certo é que se fosse ele o único meio a veicular tal interferência, não só esta seria bem limitada como sobretrido as relações entre o DIP e o Direito internacional público careceriam de autonomia, isto é, processar-se-iam, mau grado, a vocação comum destes dois sectores normativos, precisamente nos mesmíssimos termos em que se verificam com os demais ramos de direito.

29. As perspectivas contemporâneas nesta matéria têm contudo procurado evitar esta situação que a verificar-se não deixaria de revestir aspectos paradoxais. E têm-no feito, digamos assim, tentando operar a deslocação da sede das relações entre as duas disciplinas do campo, se é lícito expressarmos-nos assim, das relações de subordinação para o das de coordenação. Pretendemos com isto dizer que se abandonou de vez a tentativa de ver nas normas de DIP o fruto acabado ou *in fieri* de princípios juspublicísticos, antes se acentuando hoje em dia a identidade de objecto destas duas

¹⁴⁵ FAUSTO POCAR (*op. cit.*, pág. 54) considera a este propósito que «actualmente os casos de direito internacional privado nos quais o direito internacional público não interfere de modo algum são muito pouco numerosos e estão limitados às manifestações menos importantes, sob o ponto de vista da sua frequência, da vida internacional».

parcelas do jurídico e ainda a semelhança de muitos dos seus modos de abordar as questões.

O pôr a tónica do problema na circunstância de o DIP ser também um instrumento de regulamentação das relações internacionais, ao lado do direito internacional público, foi um dos elementos que possibilitou a passagem de um entendimento estrito da nossa disciplina — identificada com o conflito de leis privadas — para um seu entendimento lato — definida agora como o conjunto de normas que regulam a vida internacional dos indivíduos privados — para usarmos a terminologia de VALINDAS¹⁴⁶. A importância desta alteração não é de nenhum modo discipienda pois que, ao centrar-se a problemática do DIP na questão da regulamentação da vida internacional dos indivíduos, está-se sem dúvida a atribuir-lhe um escopo novo, próprio e autónomo já não redutível à mera ideia de direito sobre as fontes de aplicação das leis. Em não se duvide que esta concepção necessariamente distancia a nossa disciplina da seca opção por sistemas jurídicos igualmente vocacionados para reger relações da vida que a todos pertencem a que a doutrina tradicional fundamentalmente o reconduzia. Pois parece seguro que a existência de um objecto de regulamentação próprio e autónomo há-de forçar o sector normativo que o tem a seu cargo a abordá-lo numa forma que, longe de se exprimir num actuar mecânico e indiferente, tem de ter em conta uma escala de valores pela qual possa aferir os vários aspectos da vida internacional dos indivíduos.

O DIP é pois forçado a situar-se em termos que não podem ser apenas formais perante a dimensão extraterritorial

¹⁴⁶ *Droit international privé «lato sensus» ou «stricto sensus»*, Mélanges MAURY, cit., vol. 1, págs. 516-517. Em idêntico sentido veja-se também AGUILAR NAVARRO, *Droit international public et droit international privé*, *ibidem*, págs. 17-21; GEORGES VAN HECKE, *Principes et Méthodes*, cit., pág. 409; CARRILLO SALCEDO, *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, 1971, págs. 38 e segs.; MARÍN LOPEZ, *Seguridad social y Derecho internacional privado*, REDI, vol. XXV (1972), págs. 231-232; e MIRA DE LA MUELA, *Derecho público extranjero y tráfico internacional*, *ibidem*, págs. 247-248.

dos problemas que regula. E a responsabilidade por este facto cabe em grande medida à tendência que, partindo de uma provada convergência de objectivos com o direito internacional público o levou a assumir esta nova face.

A referida identidade de objectivos entre as duas disciplinas conduziu também a que se pudessem notar laços orgânicos entre elas, laços esses que podem ser como o nota BARTHOL¹⁴⁷ a expressão de uma unidade subjacente nos fenómenos e nas ideias. Este autor, que desde há muito vem a abrir as sucessivas edições do seu *Traité* apresentando o DIP como parte daquela ordem internacional que se torna indispensável pelo mero facto da existência de uma sociedade internacional (*ubi societas, ibi jus*), salienta o paralelismo verificado entre os dois sectores normativos no tratamento de algumas questões — como por exemplo a da existência dos Estados (determinação das entidades que merecem tal qualificação) a da sua competência legislativa (é toda a problemática das nacionalizações que aqui não podemos abordar¹⁴⁸) e a dos acordos entre os Estados que hoje aparecem em muitos casos quase como meros actos entre pessoas singulares.

Mais próximos de nós, FRANÇOIS RICAUX¹⁴⁹, ao debruçar-se sobre a contribuição do direito público para a doutrina do DIP e depois de salientar as múltiplas interferências entre ambas, ainda que logicamente a nossa disciplina seja a que, como beneficiária, recolhe a parte de leão, situa a distinção fundamental entre estes dois ramos de direito no plano do método, mais do que em qualquer outro.

¹⁴⁷ *Points de contact entre le droit international public et le droit international privé*, REDI, vol. XXV (1972), pág. 91.

¹⁴⁸ Da inabarcável bibliografia sobre o tema veja-se por último os trabalhos de FRANÇOIS BOUTANGER, *Les nationalisations en droit international privé comparé*, Paris, 1975; e PIERRE MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973, págs. 156, 257 e 275. Para uma informação detalhada sobre as nacionalizações entre nós, nos últimos anos, veja-se a crónica de FERNANDO BRONZE, *As indeminizações em matéria de nacionalizações*, Revista de Direito e Economia, vol. II (1976), págs. 483-496.

¹⁴⁹ *Le droit international privé face au droit international*, Revue, vol. LXV (1976), págs. 261-299.

Por tudo isto, parece-nos ser difícil não concluir que o DIP, ao desviar o seu objecto para a vida internacional dos indivíduos e ao acentuar as suas interrelações com o direito internacional público, está cada vez a aparecer menos como um mero direito privado, sendo por isso mais sensível às ideias-força e às linhas orientadoras do direito internacional público que ainda que mediatamente o haverão de influenciar ^{149 bis}.

Daquí pois um primeiro aspecto da penetração — embora indirecta — de valores de ordens extra-jurídicas e de natureza pública e política (no sentido atrás analisado) na nossa disciplina.

B. As normas de aplicação necessária ou imediata ¹⁵⁰

30. Diferentemente do caso que acabámos de observar, a questão sobre que ora nos debruçaremos marca claramente

^{149 bis} Um domínio onde se pode ver a influência dominante do direito internacional público é a questão das imunidades de jurisdição e de execução de que gozam tradicionalmente os Estados estrangeiros, seus soberanos e agentes. Cfr. a propósito PIERRE BOUREL, *Immunités, Répertoire Dalloz de Droit International*, t. II, Paris, 1969, págs. 118-134; PIERRE GORHOT, *Les conséquences en droit international privé du développement du rôle de l'État*, Rapports belges au VI^e Congrès International de Droit Comparé, Bruxelles, 1962, págs. 181-190; HAROLD J. BERMAN, *The consequences in private international law of the development of the role of the State*, Rapports généraux au VI^e Congrès International de Droit Comparé, Bruxelas, 1964, págs. 435-448; e JEAN LISBONNE, *État actuel du problème. L'Immunité Diplomatique, les traits, la jurisprudence et la pratique*, *Travaux*, cit., anos 30-32, 1969-1971, págs. 27-52.

¹⁵⁰ Também aparecem por vezes sob as seguintes designações: «normas com critérios de conexão especiais» (QUADRI), «normas espacialmente condicionadas» (NUSSBAUM), «normas auto limitadas» (DE NOVA), «normas de ordem pública» (SPERDUTI), leis de polícia e de segurança (*Code civil*), *peremptory norms* (HINDING BEK), *legislatively localized laws* (CAVERS), normas funcionalmente limitadas (DE NOVA). Algumas destas denominações recobrem no entanto duas realidades diferentes: a daquelas normas materiais que, muito embora inseridas num ordenamento jurídico a quem se reconhece competência para reger um deter-

a penetração de valores de natureza pública no campo do DIP. Só que, como já dissemos, não se trata, ao que se pretende, de um facto susceptível de pôr em causa a imagem tradicionalmente reconhecida à nossa disciplina, mas apenas de um conjunto de hipóteses particulares que fogem à actuação normal do sistema conflitual tal como ele é geralmente concebido, mas em virtude da sua especificidade própria e sem que daí se devesse concluir pela sua falência.

Atribui-se geralmente a FRANCESCOCARIS a descoberta deste problema. Na sua obra sobre o renvio e os conflitos de sis-

minado feixe de relações jurídicas, se entende apenas deverem regular aquelas situações expressamente referidas no seu *Tatbestand* — e às quais reservaremos a expressão normas espacialmente auto limitadas; e a daquelas outras regras jurídicas nacionais cuja aplicação a um caso concreto se entende ser independente de uma regra de conflitos ao estilo clássico, antes derivando dos seus próprios teor e finalidade e da posição especial que ocupem no seio da sua própria ordem jurídica — as normas de aplicação necessária ou imediata, também conhecidas como *lois de police*. Apenas a segunda categoria de preceitos é objecto dos presentes desenvolvimentos, na medida em que só ela revela a desprivatização a que nos estamos a reportar. Quanto à primeira cfr. além dos trabalhos de DE NOVA, *Conflits des lois et normes fixant leur propre domaine d'application*, Mélanges Maury, vol. I, págs. 377-401; *Ancora sulle norme sostanziali «autolimitate»*, Scritti di Diritto Internazionale Privato, cit., págs. 383-386; *Conflict of Laws and Functionally Restricted Substantive Rules*, California Law Review, vol. 54 (1966), págs. 1569-1574; *Un caso austriaco di accertamento della portata «spaziale» di una disposizione legislativa*, *Revue Hellenique de Droit International*, vol. XXII (1969), págs. 24-32; e *Norme autolimitate e autonomia delle parti*, *Multitudo Legum*, cit., págs. 617-634, as análises de TOMMASI DE VIGNANO, *In tema di autonomia delle parti e di norme con vapposita delimitazione della propria sfera di efficacia*, REDJ, vol. XXV (1972), págs. 377-384; DAVID KELLY, *Norme localizzanti e scelta della legge applicabile*, *Diritto Internazionale*, vol. 24 (1970), págs. 177-202; F. A. MANN, *Kollisionsnorm und Sachnorm mit abgrenzender Tatbestandsmerkmal*, *Funktionswandel der Privatrechtssituationen*, *Festschrift für Ludwig Raiser*, Tübingen, 1974, págs. 499-513 e *Statutes and the Conflict of Laws*, *The British Yearbook of International Law*, 1972-1973, pág. 117; DAVID CAVERS, *Contemporary Conflicts Law*, cit., págs. 133-135; FERRER CORREA, *A Codificação*, cit., págs. 45-59 e *Nuevos rumbos*, cit., págs. 28-31; e BAPTISTA MACHADO, *Ambito*, cit., págs. 269-277.

temas¹⁵¹ o autor distingue claramente três categorias de normas aplicáveis à regulamentação das relações internacionais: as normas de conflitos (que corresponderiam à categoria tradicional), as regras materiais (de que já falámos em páginas anteriores deste trabalho)¹⁵² e aquilo a que chama *lois d'application immédiate* — que seriam aquelas leis que dada a grande importância que assumiam para a sociedade do foro não podiam sofrer a concorrência das normas estrangeiras, pelo que a sua aplicação não dependeria do sistema conflitual, antes resultando do fim a que se encontravam votadas. Esta última categoria normativa assume-se assim como uma excepção em relação ao jogo das regras de conflitos. O mecanismo conflitual clássico (que prevê a resolução das questões da vida privada internacional dos indivíduos mediante a aplicação da lei interna de um daqueles Estados com os quais a relação apresenta contactos, lei essa a designar pela regra de conflitos do foro) sofre assim um segundo rombo na sua pretensão de presidir à regulamentação das relações privadas internacionais. Depois de em nome da especificidade dos factos da vida internacional se ter sustentado a criação de um direito material especial, aparece-se agora a preconizar a aplicação de regras do foro independentemente (e contra inclusivé) da designação da regra de conflitos. Ao contrário daquele outro caso, no entanto, não é agora a *natureza das relações* que implica esta fuga ao método conflitual, mas antes a *natureza das normas* *interitas*, o seu teor ou função, que a impõe. Este simples facto afigura-se assim bastante para ilustrar a importância do entorse que se propõe ao sistema tradicional: com efeito, como que num regresso a WÄCHTER e aos últimos estatutos, a pedra de toque para a regulamentação das situações internacionais estaria não já na relação ela mesma (e na busca da sua sede como queria SAVIGNY) mas nas normas de direito interno dos países com ela conectados.

A alteração que a introdução da figura em causa provocaria na dogmática do DIP, tal como sem hesitações a des-

¹⁵¹ *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, págs. 11 e segs.

¹⁵² Vide *supra*, Capítulo I, Secção II, págs. 72-84.

crevia a doutrina dominante, parecia assim ser de tomo. Só que FRANCESCÁKIS, ele próprio um dos expoentes da concepção tradicional, não visava de modo algum esse objectivo. É assim que num estudo posterior, destinado nas suas próprias palavras a precisar os contornos da figura que lançara para a ribalta da nossa disciplina¹⁵³, o autor se atribui a mais modesta intenção de, longe de fazer doutrina, sustentando a conveniência de elaborar normas desse tipo e enumerando os casos em que elas se justificariam, o seu propósito não ser outro que o de explicar a verdadeira atitude dos tribunais franceses em face do conflito de leis. Atitude essa que se traduziria na circunstância de certas normas internas se verem aplicadas a relações internacionais sem que para isso se tenha feito funcionar o mecanismo da regra de conflitos tal como o descrevemos, mas antes através da mera invocação de um carácter de leis de ordem pública ou de *lois de police et de surêté* (a que alude o art. 3.º do *Code Civil*) que lhes seria reconhecido. Situada a origem da figura num contexto puramente descritivo da prática corrente, o autor afasta ainda todas as veleidades «revolucionárias» que poderiam atribuir-se à sua construção anterior ao frisar que também as *lois d'application immédiate* se encontram submetidas a regras de conflitos tal como são tradicionalmente entendidas¹⁵⁴. Com isto se exclua que o edifício da construção dominante perigasse de alguma forma nas suas bases e princípios fundamentais, apenas se lhe exigindo ligeiras acomodações.

31. Se FRANCESCÁKIS é reconhecido geralmente como o inventor desta categoria de leis¹⁵⁵, o certo é que parecem mergulhar fundo na história do DIP os seus precedentes.

¹⁵³ *Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports avec les règles de conflits de lois*, *Revue*, vol. IV (1966), págs. 1-18.

¹⁵⁴ *Idem*, *ibidem*, pág. 9. Em idêntico sentido se pronunciará mais tarde DENY-GÉRARD, *Le rôle, cit.*, pág. 48. Mas veja-se, em sentido contrário, a penetrante crítica de IRRANIK FARRUKH, *La famille légitime en droit international privé*, Paris, 1977, págs. 113-133.

¹⁵⁵ Posição que SPERDUTI no entanto lhe contesta veementemente chamando a si essa qualidade e lembrando a propósito um estudo que

O próprio SAVIGNY já admitia excepções à ideia da comunidade de direito, das quais uma seria constituída pelas «leis de natureza estritamente positiva e coercitiva». Leis essas que deveriam ser actuadas no foro sem que o direito estrangeiro correspondente fosse susceptível de aplicação. MANCINI, por outro lado, vai mais longe e fala de leis de ordem pública referindo-se àquelas normas que exercitam a sua acção de forma ilimitada e completa no território do Estado respectivo. MANCINI equipara as leis de ordem pública, nos seus efeitos, às leis de direito público, que considerou territoriais e que se caracterizariam por serem o seu campo de actuação limitado ao território do Estado que as edita e de, ao mesmo tempo, excluírem totalmente, nesse território, e no tocante às matérias a que respeitam, a aplicação das leis estrangeiras.¹⁵⁶ No quadro desta concepção a ordem pública não é já, como para SAVIGNY, uma excepção, mas um princípio que accompanha e caracteriza um certo tipo de regras.¹⁵⁶

publicara em 1950 — *Sulla capacità in diritto internazionale privato con particolare riguardo alla capacità di obbligarsi per fatto illecito*, Rivista italiana per le scienze giuridiche, 1950, págs. 350 e segs. — onde teria introduzido o conceito de leis de aplicação necessária. Neste sentido, e por último, cfr. *Les lois d'application nécessaires en tant que lois d'ordre public*, Revue, vol. vol. LXVI (1977), págs. 257-270.

¹⁵⁶ Cfr. *infra*, C., págs. 123-130.

¹⁵⁶ Vendo também na ordem pública essa função positiva de promover a aplicação forçada da lei do foro veja-se KARL HEINZ NEUMAYER, *Zur positiven Funktion des Kollisionsrechtlichen Vorbehalt-Klausel*, Vom deutschen zum europäischen Recht, cit., pág. 179; SPARRDURT, *Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico*, Rivista, vol. XII, 1976, pág. 471 e *Les lois d'application nécessaires*, cit., pág. 257; HILDING ESK, *Peremptory Norms and Private International Law*, Recueil, 139 (1973-II), págs. 10 e 14 e segs. Contra a consideração das leis de police et de sureté como leis de ordem pública, veja-se no entanto VARELLES-SOMATIERES, *La synthèse du droit international privé*, Clunet, vol. 27 (1900), pág. 19. As razões deste autor são no entanto curtosas na medida em que a sua posição expressa no trabalho que citamos, é bem mais radical. Com efeito VARELLES-SOMATIERES admite a existência de um princípio básico segundo o qual em primeira linha todas as leis se aplicam a todos os casos ocorridos no território do Estado onde foram criadas. Só o esquecimento deste princípio obri-

O mesmo entendimento da necessidade de conceber a actuação de certas normas como preliminar ao mecanismo do conflito de leis leva a *Cour de Rouen* ainda no século XIX a sustentar a necessidade de considerar englobadas no conceito de leis de police et de sureté (impondo-se portanto sem mais à consideração dos tribunais em todos os casos que caíam sob a alçada das suas hipóteses) «tudo aquilo que no domínio do direito privado interessa virtualmente os costumes públicos, a ordem geral e a conservação social».¹⁵⁷

Uma explicação mais elaborada para a razão de ser destas normas é-nos dada por KAHN com a figura das normas provisórias de uma *Ausdehnungsnorm* (normas de extensão). Para este autor (e possivelmente à imagem do que dispõe a lei de Introdução ao BGB alemão) o âmbito de aplicação das normas é inicialmente determinado de forma unilateral, apenas num estádio ulterior sendo possível construir normas de conflitos bilaterais resultantes do desenvolvimento das primeiras. Para que a norma de aplicação inicial (a *Ausdehnungsnorm*) se possa transformar numa norma de conflitos bilateral (a *Grenznorm*) torna-se no entanto indispensável que a sua vocação originária não seja a de traçar para o direito interno um âmbito de aplicação demasiado vasto, quase ilimitado, mas que seja como que a expressão de um princípio que possa valer igualmente para as leis estrangeiras. E se é certo que é isto o que se passa na maioria dos casos, não é menos verdade que algumas regras de aplicação, por quererem assegurar ao direito interno um âmbito de aplicabilidade particularmente alargado, não exprimem qualquer critério universal mas antes uma intenção de privilegiar o foro — sendo por isso rebeldes à toda e qualquer bilateralização. Essas normas

garia a distorcer a expressão leis de police et de sureté contida no art. 3.º do *Code Civil*, em ordem a considerá-las leis de ordem pública no sentido referido no texto. Para VARELLES-SOMATIERES, como ele próprio reconhece mais à frente, todas as leis são de ordem pública (*op. loc. cit.*, pág. 271, nota 1). Para uma apreciação crítica da posição deste autor cfr. BAPTISTA MACHADO, *Âmbito*, cit., págs. 62-68.

¹⁵⁷ FRANCISCAKIS, *Quelques précisions*, cit., pág. 7.

permaneceriam, coexistindo com as regras de conflitos, e fariam assim a aplicação do direito interno desde que no caso intervisse numa determinada conexão espacial com este ordenamento, para além dos limites estabelecidos pelas regras bilaterais ¹⁵⁸.

A mesma ideia, ainda que generalizada a todos os casos, pode encontrar-se ainda em LEPAULLE ¹⁵⁹, para quem o juiz deveria começar sempre por verificar se havia normas que impusessem a aplicação da sua lei, só depois disso recorrendo ao conflito de leis. E em JACQUES MAURY, que configura uma categoria de regras sem dúvida que especiais — as normas rígidas de ordem pública — que corresponderiam àqueles princípios de direito privado que não permitem qualquer derrogação ainda que ela seja resultante da aplicação do direito estrangeiro designado pela regra de conflitos ¹⁶⁰, isto é, como diz FRANCESCOAKIS ¹⁶¹, que situam a tolerância ao nível de uma precisa disposição do foro.

Finalmente, o paralelo mais frisante estará nas leis de ordem pública ou de garantia social de PILLER ¹⁶², isto é, aquelas leis que, porque visavam não tanto a protecção de interesses individuais como a de interesses sociais e colectivos, não admitiriam a aplicação concorrente no território do foro de quaisquer leis estrangeiras.

32. Esclarecido o sentido da figura das leis de aplicação imediata e a sua efectiva radicação na teoria e prática do DIP importa agora tentar captar o traço comum presente em todos os casos em que ela se nos apresenta e indagar da sua justificação.

¹⁵⁸ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Âmbito*, cit., pág. 278, nota 163.

¹⁵⁹ *Nature et méthode du droit international privé*, Clunet, vol. 63, (1936), pág. 287.

¹⁶⁰ *L'éviction de la loi normalement compétente: l'ordre public international et la fraude à la loi*, Valladolíd, 1952, pág. 18.

¹⁶¹ *La théorie du renvoi*, cit., pág. 30.

¹⁶² *Traité pratique de droit international privé*, Paris, 1923, t. 1, pág. 114.

FRANCESCOAKIS, salientando ser este o ponto que mais fortemente o demarca de PILLER ¹⁶³, insiste em que o que está em causa na distinção não são os fins sociais ou individuais das leis em questão, o seu conteúdo ou finalidade, portanto, mas o lugar que ocupam na organização estadual: pertenceriam assim a esta categoria todas aquelas leis cuja observância é necessária para a salvaguarda da organização política, social ou económica do país ¹⁶⁴, nessa medida se explicando a intolerabilidade de qualquer intervenção de leis estrangeiras que poria necessariamente em causa a orgânica do Estado. Estas leis, definidas assim de forma orgânica pela sua pertinência ao núcleo constitutivo da organização estadual, caracterizar-se-iam por verem a sua incidência nas relações internacionais dependente unicamente de um domínio de aplicação que não lhes seria fixado *ab extrinseco*, por regras de conflitos, antes resultando directamente de si próprias ou, na falta de uma disposição expressa que o determinasse, da indagação da sua situação de traves mestras da organização estadual.

A invocação deste critério pouco ou nada adianta, pela sua imprecisão, quanto a saber quais as normas que concretamente preencham a figura. Ela pode dar assim lugar a grandes incertezas na aplicação do direito, na medida em que nunca se saberá precisamente quais as leis que apresentam estas características.

Mais do que sublinhar os inconvenientes práticos a que tal figura pode dar lugar interessa-nos aqui sobretudo, para além de destacar a quase total adesão que logrou obter ¹⁶⁵

¹⁶³ *Quelques précisions*, cit., pág. 17.

¹⁶⁴ FRANCESCOAKIS, *Conflits de lois (principes généraux)*, Répertoire Dalloz de Droit International, t. 1, Paris, 1968, pág. 480.

¹⁶⁵ A única opinião dissonante que conhecemos — e que condena claramente as leis de aplicação imediata e apenas admite a sua existência onde e quando tal seja explicitamente afirmado pelo legislador — é a de GIOVANNI PAVU, o qual no entanto se limita a aduzir em abono da sua afirmação a ideia de que as normas de aplicação necessárias contrastam com a existência do sistema de DIP (tal como é tradicionalmente concebido) e a exigência positiva da sua actuação, e a constatação de que o sistema italiano vigente não avaliza a existência de um qualquer mecanismo que funcione preliminarmente às regras de

leniar prescrever as razões fornecidas para a sua justificação.

A este respeito é o próprio FRANCESCAKIS que num outro trabalho parece situar a justificação do aparecimento das *lois d'application immédiate* numa certa falta de correspondência entre a prática internacional contemporânea e as duas ideias em que se apoia a doutrina corrente do DIP: a distinção entre o direito público e o direito privado e a crença de que tudo o que no plano internacional pertence ao direito privado há-de ser regulado por mediação das regras de conflitos tradicionais¹⁶⁶. Ora o que é certo é que para além da inadequação da distinção entre o direito público e o direito privado (pelo menos nos termos em que nos aparece tradicionalmente formulada) o nosso tempo assistiu a uma proliferação dos casos intermédios, que se encontram por assim dizer a meio caminho entre o dois sectores em que tradicionalmente se divide o jurídico, e nos quais a intervenção do Estado se tem feito de forma crescente, arrancando assim algumas questões ao campo do exclusivamente privado e situando-as num terreno onde são mais e mais prementes as exigências dos interesses colectivos. Perante as leis que dominam estas matérias, a jurisprudência tem-as tratado, em atenção à carga de interesse geral que veiculam, como tradicionalmente tem feito (ao menos desde NEUMEYER) com as leis de direito público, isto é, considerando que a determinação do seu âmbito de aplicação se não faz mediante regras de conflitos mas através de disposições unilaterais¹⁶⁷.

A mera existência de sectores normativos cuja aplicabilidade não resulta do jogo do mecanismo conflictual mas que actuam preliminarmente a este, e a circunstância de se não

conflitos (*Limite di applicazione del diritto straniero nell'ordinamento interno*, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 52 (1969), págs. 481, 487 e 499).

¹⁶⁶ *Lois d'application immédiate et règles de conflit*, *Rivista*, vol. III (1967), pág. 694.

¹⁶⁷ A propósito, por exemplo, do direito da concorrência cfr. BERTHOLD GOLDMAN, *Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence*, *Recueil*, n.º 128 (1969-III), págs. 637-723.

podem identificar à partida quais as normas que funcionam dessa forma faz com que se torne necessário perante cada relação jurídica internacional, e antes de fazer intervir a regra de conflitos, verificar se não há no foro uma qualquer norma que por força da sua importância para esta ordem jurídica se deva aplicar a todos os casos que lhe forem submetidos. E o problema não se resume à transformação da unidade metodológica que caracterizava o DIP em pluralidade¹⁶⁸. Mais do que isso está em causa a participação do DIP na tarefa de protecção da integridade das estruturas sociais (que é de natureza claramente pública e política), com manifesto dano da sua obrigação — até aqui hipostasiada à condição de fim último — de promoção da cooperação internacional¹⁶⁹.

A «*publica utilitas*» do foro prevalece assim, por meio do emprego deste tipo de normas, sobre o dever de cooperação internacional e o princípio da paridade de tratamento que caracterizam o DIP clássico. O DIP aparece agora a salvaguardar as exigências da colectividade, a garantir a segurança e a estabilidade sociais nas formas previstas pelo legislador interno e a conservar aqueles valores que na óptica deste devem presidir ao desenvolvimento da vida de relação — funções essas que são preenchidas pelas leis de aplicação imediata¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Para uma síntese desta pluralidade de métodos cfr. PIERRE MAVER, *Droit International Privé*, Paris, 1977, págs. 86-113.

¹⁶⁹ Isto mesmo é reconhecido por FRANCESCAKIS, *Lois d'application*, *cit.*, pág. 697.

¹⁶⁸ Daí que tais normas apareçam sobretudo naqueles sectores do direito privado onde é mais patente a publicização de que já falámos ou mesmo nos que estão já a meio caminho entre o direito privado e o direito público, participando da natureza dos dois, como é o caso por exemplo do direito do trabalho (veja-se a propósito FAUSTO POCAR, *Norme di applicazione necessaria e conflitto di leggi in tema di rapporti di lavoro*, *Rivista*, vol. III (1967), págs. 734-744 e FRANCESCAKIS, *Lois d'application immédiate et droit du travail*, *Revue*, vol. IXXII (1974), págs. 273-296); e que a sua importância seja menor nos domínios em que o escopo da cooperação internacional se não vê forçado a ceder qualquer posição aos imperativos de defesa da organização estadual — donde o menor relevo de normas deste tipo e mesmo a paralisação do seu funcionamento típico em face das nor-

33. Longe de termos pretendido esgotar o *alás* ainda em aberto terra das normas de aplicação necessária ou imediata¹⁶⁸, o certo é que nos parece estarmos em condições de tirar algumas conclusões de particular importância no contexto da presente investigação.

A figura cujo perfil tentámos delinear aparece aos nossos olhos como a via pela qual o DIP contemporâneo infllecte os resultados do jogo normal das regras de conflitos, não já em via de excepção, pela utilização da ordem pública, mas em via de acção, pela preclusão do funcionamento daquele mecanismo de forma a impedir a aplicação do direito estrangeiro e a garantir assim a solidez da organização estradual de que as leis internas que não podem em caso algum deixar de ser actuadas são pilares fundamentais. Parece não ser ir longe de mais pretender ver aqui a utilização do DIP como garantia e protector de uma determinada organização social. Se bem que com isso a nossa disciplina não assumia ainda finalidades políticas directas o certo é que, sendo a organização estradual a conservar um dado eminentemente político, a concretização de valores de natureza política (no sentido mais lato possível), ela está a partir de agora, ainda que de forma apenas mediata, comprometida na realização desses valores que indirectamente faz seus.

mas de conflitos criadas por fonte convencional (assim FRANCO MOSCONI, *Norme di applicazione necessaria e norme de conflitto di origine convenzionale*, Rivista, vol. III (1967), págs. 730-733).

¹⁶⁸ Sobre a matéria e além das obras citadas podem ver-se ainda TITO BALLARINO, *Norme di applicazione necessaria e forma degli atti*, Rivista, vol. III (1976), págs. 707-729; MARIN LOPEZ, *Las normas de aplicacion necesaria en derecho internacional privado*, REDI, vol. XXIII (1970), págs. 19-41; MIRIA DE LA MORA, *De la territorialidad*, cit., págs. 33-58; BARTHELEMY, *Le pluralisme*, cit., págs. 136-140; LOUSSOUAR, *Cours général*, cit., págs. 317-337; ANNE Toubiana, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Paris, 1972, págs. 218-231; FERRER CORREA, *Límites*, cit., págs. 24-26; BAPTISTA MACHADO, *Arbitrio*, cit., págs. 277-280; e KARAVITILIO, *Etude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*, Limoges, 1977.

Um passo mais e será a ruptura com a dogmática anterior e a assumpção directa da sua instrumentalização a esses fins. Conquanto ele ainda não tenha sido dado, o *estádio actual* parece ser bastante para negar de uma vez por todas a impermeabilidade do DIP a valores de natureza pública e o seu fundamental «agnosticismo», com os quais se pretende sustentar a sua indiferença aos comandos constitucionais.

C. O DIP e o direito público estrangeiro

34. Como derradeiro momento da «desprivatização» do DIP a que temos vindo a aludir importa agora que nos debruçemos sobre o âmbito da renúncia que a regra de conflitos do foro faz à lei estrangeira. Uma boa parte da doutrina dominante sustentava a este propósito que a referência da regra de conflitos apenas atingia as normas estrangeiras de direito privado, sendo só essas que eram chamadas para regular a situação em causa. As normas estrangeiras de direito público não seriam tocadas pelo chamamento da regra de conflitos, ficando assim fora do conflito de leis.

Sabe-se como no período da teoria dos estatutos se não verificava tal cisão no conflito de leis e a referência da regra de conflitos abrangia todas as normas do ordenamento respectivo. A regra de conflitos indicava inclusivamente qual a lei penal ou processual que no caso concreto detinha a respectiva competência. Esta amplitude do jogo do conflito de leis, se era facilitada pela inexistência de uma clara distinção entre direito público e direito privado, era sobretudo potenciada pelo quadro geral no qual o DIP se movia e onde avaliavam como características relevantes para o problema em causa a consideração de que os critérios de solução conflitual eram expressão de uma ordem jurídica que lhes era superior e o escopo indiscutível de conseguir uma solução única, o que implicava que se tomasse em conta a globalidade dos comandos do ordenamento a aplicar. Com o processo de codificação tal esquema foi no entanto radicalmente alterado, e, por um conjunto de razões, as mais das vezes de natureza histórica

e contingente¹⁷⁶, o sistema conflitual passa a não tomar em consideração aquelas relações e comandos jurídicos em que é nítida a presença do interesse colectivo e a reduzir-se assim à função mais limitada de regular tão-só as relações privadas.

As normas de direito público ficariam assim fora do mecanismo conflitual e a sua aplicação passaria a ser comandada por regras próprias que delimitariam o âmbito de cada ordenamento jurídico. Segundo NEUMEXER, o autor a quem se ficou a dever a justificação deste estado de coisas¹⁷⁷, as normas delimitadoras das regras de direito público seriam sempre unilaterais porque o Estado não aplica o direito público estrangeiro; ou aplica a sua lei, se nisso está interessado e a tanto o conduz a respectiva norma delimitadora, ou não aplica lei alguma. A razão deste facto e da impossibilidade de adaptar à resolução da questão do âmbito espacial das normas de direito público regras bilaterais estaria na diferente posição do Estado em relação às questões de direito privado. Se nestas ele não passa de um mero árbitro, desinteressado da regulamentação da relação e portanto situado em posição de exterioridade em relação aos comandos conflituais que edita, tais normas poderiam então ser sempre bilaterais porque seriam a expressão de uma justiça universal e não estariam marcadas pelos interesses e concepções próprios daquele; no direito público, ao contrário, o Estado não é árbitro, mas parte interessada, pelo que, plasmando os seus interesses e concepções nas regras de delimitação, particulariza-as e impede a sua bilateralização.

35. Enquanto por um lado se cantonavam as leis de direito público num quadro que apenas conduzia o tribunal a aplicar a sua lei e nunca a lei estrangeira, sustentava-se

¹⁷⁶ Assim BARUE, *Diritto internazionale privato*, cit., pág. 1050.

¹⁷⁷ *Internationales Verwaltungsrecht*, Bd. IV, Zurich, 1936, págs. 115-120, agora também parcialmente incluído sob a epígrafe *Die Einseitigkeit der Anwendungsnorm für öffentliches Recht* em *IPR*, cit., págs. 445-453.

paralelamente a estrita territorialidade das leis fiscais, políticas e monetárias, impedindo-se assim a sua aplicação quando inseridas no ordenamento para que remeta a regra de conflitos.

No intuito de justificar tal procedimento, ARMINTON criou a figura das leis políticas¹⁷⁸. Por esta expressão entendia o autor designar aquelas normas que em nome dos interesses de um Estado, de um partido, de uma classe, de certas crenças ou ideias fazem excepção aos princípios e às regras de direito. O seu particularismo, claramente acentuado na própria definição, seria o responsável pela natureza territorial que lhes era reconhecida: fruto do condicionalismo de um país determinado não se vê porque elas se haveriam de aplicar lá onde tal condicionalismo não existisse. São verdadeiras regras constitutivas na medida em que são bases essenciais do sistema jurídico e condição da sua existência, mas não teria sentido aplicá-las fora do país de origem, único lugar onde lograriam a sua justificação. Estariam por isso excluídas do conflito de leis.

No mesmo sentido discorre TORSTEN GRH¹⁷⁹, que desloca um tanto o conceito de leis políticas para abranger com ele, na esteira de NIAL, as leis que não têm por fim regular as relações jurídicas das pessoas privadas em ordem aos seus interesses, mas servir directamente os interesses do Estado legiferante. Para além disso sufraga, indicando larga cópia de elementos jurisprudenciais, as teses de ARMINTON.

36. A reacção contra este ponto de vista iniciou-a QUARRE com um estudo de 1944¹⁸⁰ em que combate vigorosamente a concepção de ARMINTON e salienta que não há qualquer razão

¹⁷⁸ *Les Lois Politiques et le Droit International Privé*, Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International, xxv (1930), págs. 385-396.

¹⁷⁹ *Lois Politiques et Droit International Privé*, Recueil, n.º 83 (1953-IV), págs. 168 e 176.

¹⁸⁰ *Leggi Politiche e Diritto Internazionale Privato*, Studi Critici di Diritto Internazionale, Diritto Internazionale Privato, vol. I, 1952, pág. 363.

para excluir o direito público estrangeiro do quadro do conflito de leis, por muito egoísta e particularista que eventualmente seja a motivação da sua regulamentação. A única circunstância em que tal regulamentação seria de afastar ocorreria no caso de a situação dizer respeito igualmente ao estado do foro e este ter interesse em a regular. Fora desta hipótese a lei estrangeira aplicar-se-ia (com ressalva claro está da ordem pública do foro) como se de uma lei de direito privado se tratasse. De resto, e como já o notara ECKSTEIN, a fluidez de contornos do conceito de direito público faria com que a ser seguida a doutrina de ARMSTRON a segurança jurídica perigasse grandemente.

Não tendo embora desencadeado grande adesão na altura do seu surgimento, a via aberta por QUADRI começa a ser desenvolvida cerca de vinte anos mais tarde. De forma tímida por alguns, que se limitam a salientar que o direito público não prescinde da ideia de localização espacial, que há todo o interesse em comparar os critérios usados para essa localização com os que se utilizam no direito privado, e que avançam a afirmação de que se o direito público estrangeiro não é aplicado é pelo menos em muitos casos tomado em consideração pelos tribunais do foro.¹⁵ De forma um pouco mais segura por outros que no entanto insistem fundamentalmente na ideia de que a publicização do direito faz com que muitas relações privadas sejam também reguladas por normas de direito público: pelo que haveria de passar da mera consideração à aplicação dos seus comandos, sobretudo em função das necessidades dos indivíduos, cuja vida é a um tempo regulada pelo direito público e privado, pelo que se impõe que os tribunais apliquem igualmente os dois tipos de regras.¹⁶

E partindo desta perspectiva que ZWIEGERT¹⁷, na esteira

¹⁵ CHARLES FREYRIA, *La notion de conflit de lois en droit public*, TRAVANUX, 23.º a 25.º Anos (1962-1964), págs. 103-132.

¹⁶ Assim PERRON VALLINDAS, *Droit international...* cit., págs. 514-516.

¹⁷ *Droit International Privé et Droit Public*, Revue, vol. LIV (1965), págs. 645-666 e *Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote*, Rabels, vol. 14 (1942), pág. 283.

de trabalhos de WENGLER¹⁸, vem desenvolver a ideia de uma conexão especial (*Sonderanknüpfung*) justificativa da aplicação das regras estrangeiras de direito público, em matéria de contratos. WENGLER começara por sustentar dever admitir-se a existência de um princípio que facultasse ao juiz a aplicação das regras imperativas estrangeiras, no quadro que lhes é traçado pelo legislador, desde que entre a lei em causa e os factos a regular mediasse uma relação suficientemente estreita que permitisse que ela, por assim dizer, os dominasse. ZWIEGERT, referindo-se sobretudo às leis estrangeiras que em obediência a imperativos sócio-económicos põem a execução de certas prestações, considerava que elas devem ser sempre respeitadas, ainda que não pertençam ao estatuto do contrato, desde que o legislador assim o pretenda e que o acto de execução cuja paralização se visa decorra pelo menos em parte no país que editou a proibição (assim clarificando de alguma maneira a ideia da conexão estreita que WENGLER adiantara).

É assim que em nome da cooperação internacional e da harmonia de decisões, e superada a ideia da inadmissibilidade da aplicação do direito público estrangeiro, se passa a considerar mesmo a aplicação das normas imperativas pertencentes a legislações que não a da *lex causae*. ZWIEGERT estabelece contudo uma distinção entre as normas de direito público estrangeiro «simpáticas» — as que correspondem a concepções de ordem económico-social mais ou menos comuns a todas as ordens jurídicas — e as «heterogêneas» — aquelas que pelo contrário estabelecem regimes ao arrepió das concepções dominantes da vida internacional e que se apresentaram como visando combater a ordem económica internacional consagrada pela generalidade dos Estados. Apenas as primeiras, por razões óbvias, seriam aplicadas pelos tribunais do foro. Indo mais longe na sua tentativa de abranger o direito público na metodologia conflitual, ZWIEGERT admite mesmo a elaboração de regras de conflitos para todo o direito

¹⁸ *Die Antiknüpfung der zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht*, Zeitschrift vergleichende Rechtswissenschaft, vol. 54 (1941), págs. 168 e segs.

público, que teriam pelo menos a vantagem de, pela sua estrutura, sublinhar fundamentalmente o fim fundamental do conflito de leis — a cooperação internacional.¹⁷⁹

Na sequência do estudo de ZWIEGERT deixou praticamente de se questionar a aplicação das normas de direito público estrangeiro, apenas se discutindo quais os limites de que ela deveria ser passível. Uma das concepções menos ousadas a este respeito é a de JOHANNES SCHULZE¹⁸⁰ que, não negando em qualquer caso a aplicação do direito público interno relevante para a apreciação das relações privadas, considera que «a aplicação do direito público estrangeiro se deve fazer segundo a noção de territorialidade, ou seja, apenas dentro do âmbito espacial em que se pode exercer o poder de coerção do Estado legiferante, e ainda aí sujeita ao limite geral da ordem pública». No entanto o autor admite em certos casos a aplicação do direito público estrangeiro para além do seu âmbito territorial: quando se procura conservar apenas um resultado, isto é, legitimar uma situação de facto em que o direito público estrangeiro foi espontanea-

¹⁷⁹ As ideias de ZWIEGERT levantaram contudo forte contestação: por um lado, em autores como HEIZ (Das fremde öffentliche Recht in internationalen Kollisionsrecht, Zurique, 1959, pág. 51) que repetem as teses de NEUMEYER insistindo em que um Estado não tem qualquer interesse em aplicar o direito público estrangeiro na medida em que essas normas prosseguiriam apenas interesses estrangeiros — sem contudo demonstrar esta última asserção. Por outro lado, construções mais sofisticadas como a de KLAUS VOGEL (Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsnormen, Frankfurt, 1965) que, partindo de uma diferença estrutural entre as posições do direito privado e do direito administrativo, sustenta não poder valer para este a metodologia conflitual de tipo bilateral. Vogel baseia-se na ideia de que se o direito privado é anterior ao Estado, o direito público se confunde com o próprio poder do Estado, pelo que o âmbito de aplicação das suas normas, enquanto emanações directas do Estado e dele constitutivas, apenas poderia ser determinado por interpretação. Mais adiante (2.ª Parte) veremos idêntico raciocínio ser aplicado — a nosso ver com bem maior justificação — às regras constitucionais.

¹⁸⁰ Das öffentliche Recht im internationalen Privatrecht, Frankfurt, 1972. Ver também a recensão de FRITZ STRUM publicada na N. J. W. de 1973, pág. 2150.

mente cumprido sem que se torne necessário proceder a quaisquer actos de execução; quando haja um interesse público do Estado do foro na sua aplicação; ou quando a situação caia no âmbito territorial de um terceiro Estado que pretende ver aplicado aquele direito público estrangeiro.

A cautelosa posição de SCHULZE representa sobretudo uma forma de prevenção geral contra a possível avalanche que resultaria da aceitação de um princípio geral de aplicabilidade do direito público estrangeiro. A maioria dos autores que se debruçaram sobre a questão vão no entanto bem mais longe e admitem claramente tal princípio, em sede geral, apenas cuidando de estabelecer limites à sua actuação¹⁸¹. O critério escolhido — e que se deve a F. A. MANN¹⁸² — desloca a questão da natureza da norma para a natureza da pretensão. Assim, o que estaria vedado seria apenas o exercício de uma acção que pretendesse levar os tribunais do foro a satisfazer uma pretensão fundada numa lei de direito público estrangeiro que o Estado tivesse criado no exercício do seu *ius imperii*. Se se tratasse do exercício de um mero *ius gestionis*, isto é, se a lei dissesse respeito, por exemplo, à direcção da actividade empresarial do Estado, e atribuisse um direito a um terceiro, já este o poderia fazer valer no estrangeiro mau grado a natureza publicística do instrumento legal que o criara.

¹⁸¹ Assim, por ex., PIERRE LALIVE, *Sur l'application du droit public étranger*, Annuaire, vol. XXVII (1971), págs. 103-143 e *L'application du droit public étranger*, relatório preliminar apresentado à Sessão de Wiesbaden do Instituto de Direito Internacional, em 1975, e publicado no respectivo Annuaire, vol. 56, págs. 157-273; F. A. MANN, *Conflict of Law and Public law*, Recueil, n.º 132 (1971-2), págs. 107-1965 e *Eingriffs-gesetze und Internationales Privatrecht*, Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Festschrift für EDUARD WAHL, Heidelberg, 1973, págs. 139-160; MIANA DE LA MUELA, *El derecho público extranjero en el tráfico privado internacional*, REDD, vol. XXV (1972), págs. 246-288; SEIDT-HOHENVELDERN, *Voraussetzung für die anwendbarkeit ausländischen öffentlichen Rechts*, REDD, vol. XXV (1972), págs. 349-359; ANNIE TOUBIANA, *Le domaine, cit.*, págs. 163-205; IRVAN SZASZ, *Conflict of laws in the Western, Socialist and Developing Countries*, Leiden, 1974, págs. 184-186.

¹⁸² *Öffentlich-rechtliche Ansprüche im internationalen Rechtsverkehr*, Rabels, vol. 21 (1956), pág. 1.

Há no entanto quem, como RAINER FRANK¹⁸³, vá ainda mais longe e não veja quaisquer razões de fundo para excluir em qualquer caso a aplicação das leis de direito público estrangeiro.

37. A pressão doutrinal a que acabamos de fazer referência encontrou eco, entre outros importantes documentos¹⁸⁴, na resolução que o Instituto de Direito Internacional adoptou na sua sessão de Wiesbaden, em 11 de Agosto de 1975¹⁸⁵. Nela se declara expressamente que o carácter público de uma disposição estrangeira não obsta à sua aplicação pelo juiz do foro quando ela for chamada pela regra de conflitos deste, e se condena o princípio da inapplicabilidade do direito público estrangeiro ou de qualquer dos seus sectores, explicando-se por razões de mero facto a menor frequência da sua aplicação.

Apesar de o problema não ficar totalmente resolvido, pois a resolução não diz quais são as normas de direito público estrangeiro que são chamadas pela regra de conflitos, e se são ou não todas, restando assim ainda algumas dúvidas quanto a este tema¹⁸⁶, o certo é que, mais uma vez, por presão combinada da necessidade de garantir as expectativas dos indivíduos na unidade de valoração dos seus comportamentos e da publicização cada vez mais acentuada das relações privadas, o DIP veio a ajustar os seus mecanismos aos resultados de uma evolução geral do direito que tem privilegiado a protecção dos interesses colectivos. O processo que vem de ser descrito constitui pois mais uma prova do reflexo, ainda que por ora mediato, da influência de imperativos ideológicos e sócio-económicos no modo de ser da nossa disciplina.

¹⁸³ *Öffentlich-rechtliche Ansprüche fremder Staaten vor inländischen Gerichten*, Rabels, vol. 34 (1970), págs. 56-75.

¹⁸⁴ Vejam-se o art. 13º, n.º 2, do Projecto Benelux de uma lei uniforme para o direito internacional privado e o art. 7.º do Anteprojecto de Convenção da CBE sobre a lei aplicável às obrigações contratuais e não contratuais.

¹⁸⁵ Cf. o respectivo texto na Revue, vol. LXV (1976), págs. 423-425.

¹⁸⁶ Assim SPERDUTI, *Droit international privé et droit public étranger*, Clunet, vol. 104 (1977), págs. 6-7.

SECÇÃO II

A PUBLICIZAÇÃO (OU ADEOLOGIZAÇÃO) DO DIP

38. Ao contrário das correntes que acabámos de descrever, as tendências a que faremos de seguida breve referência caracterizam-se pelo corte radical com a pretendida imagem neutral do DIP e por sustentarem que também ele deve estar abertamente comprometido com a realização de fins que, sendo os do Direito em geral ou os das normas singulares que o concretizam, longe de se poderem conceber desentraçados de opções de fundo sobre o homem e a sociedade, terão de as veicular muito claramente.

É claro, pois, o salto qualitativo que as separa dos esforços que temos vindo a referir. Já não se trata de uma penetração envergonhada de valores públicos, que se faz ao nível de meras alterações dos mecanismos do DIP, pela introdução de modificações que são consequência mediata da afectação da nossa disciplina à prossecução de certos fins que hoje iluminam a actuação de toda a ordem jurídica. Antes se assiste à afirmação frontal de que o DIP serve também, ainda que à sua maneira, os mesmíssimos objectivos a que se dirigem os outros sectores do jurídico e que a imagem tradicional da nossa disciplina, com a sua indiferença, a sua neutralidade, o seu apoliticismo está viciada desde a base. Daí que ao contrário do que aconteceu com as posições anteriores estas não possam facilmente ser «recuperadas» pela concepção tradicional e os autores que as defendam passem a ter o direito de pertencer ao rol dos malditos. É que se não trata já de alterações metodológicas e de meras correcções à armadura normativa do DIP — que em certos casos até é muito ligeiramente afectada pelas novas propostas¹⁸⁷ — mas da defesa de um novo rosto para a nossa disciplina, envolvendo uma mutação dos seus fins, uma redefinição da sua imagem e, ainda que só mediatemente, uma correcção dos seus processos de actuação.

¹⁸⁷ Vide, *infra*, C, págs. 148-153.

Ponto comum a todas as contribuições em que nos detemos é a acentuação de uma identificação dos fins do DIP. As metas da sociedade e do Estado, retirando-o do universo metapolítico em que se situava e responsabilizando-o pelas tarefas de construção e transformação que são as do Estado e do Direito. O DIP surge-nos assim como que assimilado às finalidades que o Direito visa prosseguir, nele se repercutindo por isso o eco dos debates doutrinários, das contendas sobre o justo e a forma de o lançar. Longe de se poder situar na posição de mero árbitro de um litígio que se desenrolaria cá em baixo entre os ordenamentos jurídicos, o DIP é autêntica parte na lide e a sua tarefa é a de actuar por todas as formas a ideia que preside à tarefa de modelação social que as suas normas também encerram, não podendo dispensar-se de a cumprir ou desinteressar-se de promover soluções que quadrem com as intenções normativas que serve.

Ilustrando as diferentes formas sob que esta ideia base se concretizou em elaborações doutrinárias, lançaremos os olhos sobre a *governmental interest analysis* de BRAUNERD CURRIE, a *Politische Schule* da moderna doutrina alemã e a concepção que do DIP tem a doutrina dos países socialistas.

A. A «*governmental interest analysis*» de Currie

39. A posição de CURRIE sobre o DIP filia-se no contexto de renovação doutrinai empreendido nos Estados Unidos a partir dos anos 30 que pretende estender também à nossa disciplina os processos metodológicos da escola do realismo jurídico, contexto esse que já tentámos descrever sumariamente noutra parte deste trabalho.¹⁸⁸

É assim que são numerosas as premissas teóricas do autor que não fazem mais do que repetir as grandes linhas do pensamento americano seu contemporâneo. A sua originalidade reside antes numa diferente ideia sobre o que no fundo está em causa no conflito de leis, e tem sido ela que tem

justificado a violência dos ataques que sofreu e a incompreensão que encontrou na doutrina europeia.¹⁸⁹

Para CURRIE o conflito de leis é uma consequência da interferência recíproca da esfera de aplicação das várias leis nacionais. Simplesmente, o autor vê também aqui, retomando uma concepção de lei que tem fortes afinências com a desenvolvida pela escola holandesa do século XVII, um conflito de interesses estaduais. O problema do DIP não poderia ser assim concebido de forma neutra, como se importasse apenas estabelecer o âmbito de aplicabilidade de cada lei, mas tem de ser visto como uma questão que contende com os interesses estaduais, e é portanto um problema político — o que está em causa é no final de contas e bem vistas as coisas determinar qual o interesse estadual que há-de prevalecer.¹⁹⁰ Os tribunais, contudo, como aliás a doutrina, não tomam consciência da verdadeira natureza da questão — que implicaria como tal e, preliminarmente à decisão, uma escolha entre os méritos relativos das políticas ou interesses conflitantes dos Estados, antes se situando pelo contrário em questões que o autor considera metafísicas¹⁹¹, procurando descobrir a natureza da lei e o seu campo de aplicação no espaço e formulando neste sentido um conjunto de regras de decisão dos conflitos. Com esta engrenagem acaba por se esquecer no entanto o fundo do problema, tal como CURRIE o concebe: que a questão é um verdadeiro conflito de interesses estaduais e que a sua resolução, qualquer que ela seja, implicará sempre o sacrifício de um ou mais interesses desta natureza. Este o núcleo da problemática.

No entanto, e ainda segundo CURRIE, a doutrina não se contentou em escamotear a autêntica essência do problema que resulta de um concurso da esfera de aplicação (ou de

¹⁸⁸ Cfr. por ex. KROEL, *The Crisis*, cit., págs. 97-207; FERRER CORREIA, *A Codificação*, cit., págs. 28-30 e *Nuevos rumbos*, cit., págs. 19-20.

¹⁸⁹ BRAUNERD CURRIE, *Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws*, Duke Law Journal, 1969, págs. 171-181 (reproduzido em *Selectad Essays on the Conflict of laws*, Durham, 1963, págs. 177-187 e em *IPR*, cit., págs. 310-322, donde citamos, pág. 313).

¹⁹⁰ *Notes*, cit., pág. 317.

¹⁹¹ Vide *supra*, Capítulo 1, Secção 1, págs. 52-64.

eficácia) de várias leis, retirando-lhe o seu carácter próprio, isto é, «despolitizando-o». Optou ainda por construir um sistema de resposta — o chamado método conflitual — que é em si mesmo uma fonte acessória de novas perturbações na matéria em causa.

Desde logo porque cria problemas que não existiam antes, nomeadamente naqueles casos em que não havendo conflito de interesses estaduais, a questão continua a ser posta e resolvida em termos de conflito de leis. Por outro lado a situação é por vezes resolvida mediante a preclusão do interesse de um Estado sem que por isso se promova e realize o do outro Estado. Além disso, e apesar da barragem teórica no sentido da «formalização» dos problemas conflituais, o certo é que em muitos casos se promove de facto a aplicação de uma lei — *maxime* a do foro — para tanto se lançando mão de expedientes (como a ordem pública, a fraude à lei, a qualificação...) que, se são eventualmente os responsáveis pela sobrevivência do sistema até aos nossos dias, não deixaram de o complicar extraordinariamente, nele introduzindo contra as intenções e propósitos proclamados a imprevisão e a incerteza. Finalmente, se há vários Estados com diferentes políticas e interesses igualmente legítimos na aplicação das suas leis, o tribunal é uma instância que não está em condições para ponderar o peso relativo dessas políticas e decidir-se, por si, pela aplicação de uma delas; e isto porque, aplicando a lei estrangeira, o juiz estaria, sem mais, a optar pela não promoção do seu interesse próprio. Tal função, segundo CURRIE, sendo como é, marcadamente política, não pode em democracia pertencer ao poder judicial mas sim ao poder legislativo.

Em face do descrito não espantará que CURRIE conclua a sua apreciação ao método conflitual com o célebre juízo *we would be better off without choice-of-law rules.*

40. Preconizando embora a prescrição das regras de conflitos do seio do DIP, CURRIE não segue CAVERS e os autores que acima referimos na defesa da escolha de uma solução em função do resultado da aplicação de cada uma das leis em

presença. Compreensivelmente, tal método incorreria também no vício de passar ao lado, ignorando-a, da função que o nosso autor atribui em primeira linha ao DIP. Se o conflito de leis é, essencialmente, um conflito de políticas e interesses estaduais, a sua solução tem de passar pela análise detalhada dessas políticas e interesses, só depois se podendo definir uma via de resolução da questão.

É assim que o primeiro passo que CURRIE sustenta dever ser dado é uma investigação de qual a política legislativa subjacente a cada norma em questão e de quais os interesses cuja protecção é por elas visada (*policy-interest analysis*). Análise de interesses esta que não é a prosseguida pela escola ocidental que pretende estender ao DIP a jurisprudência dos interesses (que situa a indagação ao nível das finalidades abstractas e gerais das instituições jurídicas) mas uma outra, bem diferente, que a limita às precisas normas em confronto. Já não estão aqui em causa as questões jurídicas que o direito visa resolver, mas antes as concretas respostas que lhe são dadas pelos vários ordenamentos em presença. Determinada a *policy* de cada norma e os interesses por ela visados a solução do problema do DIP aparece bem fácil: assim, onde e quando o Estado do foro manifesta interesse na aplicação da sua lei (isto é, quando seja de prever que a *policy* da norma deste abrange também o caso *sub iudice*) é a *lex fori* que será aplicada; só quando se não verificar esta hipótese é que haverá lugar à aplicação da lei estrangeira que no entanto só tem lugar quando se conclua que ela manifesta interesse em se aplicar ao caso concreto^{191 b 54}. Restam as situações em que se não lobriga qualquer interesse nem da *lex fori* nem da lei estrangeira, em regular o caso. Aqui, e porque afinal não existe qualquer interesse estatal em jogo, CURRIE, situado numa verdadeira situação de indiferença (no sentido de uma situação que o seu método não resolve num ou noutro sen-

^{191 b 54} Para o caso de serem várias as leis estrangeiras interessadas, cfr. BRANNARD CURRIE, *The Desinterested Third State*, *Law and Contemporary Problems*, vol. 28 (1963), págs. 754-794 onde se preconiza uma escolha em função de critérios de ordem material (pág. 786). Veja-se ainda o que diz KEEHL, *The Crisis*, cit., págs. 125-127.

tido) sustentada, ainda que sem grande convicção, ser preferível a aplicação da lei do foro.

O autor salienta como principal vantagem da solução que preconiza a facilidade com que esta pode ser posta em aplicação e as numerosas complicações que evita, e preocupa-se em defendê-la da acusação de um excessivo *parochialism*. Por um lado, o esclarecimento e a cabal indagação da *policy* subjacente a cada norma afastaria a sua indiscriminada aplicação a todos os casos que caíssem sob a sua previsão; por outro lado, o sistema proposto não impede a procura em certos casos (desde que isso não contrarie o interesse estadual do foro) da melhor solução para o litígio; e finalmente — muito embora aqui o argumento só valha para um sistema conflitual interestadual como é o estadunidense, sendo certo que é apenas em função dele que CURRIE avança as suas propostas — existem limites de ordem constitucional (as célebres *Full Faith and Due Process clauses* da constituição federal) que limitam uma absoluta promoção dos interesses estaduais.¹⁹²

A doutrina em questão, se obteve nos Estados Unidos aplausos consideráveis¹⁹³, foi alvo das críticas mais virulentas da parte da doutrina europeia. Autores como WENGLER, cuja abertura a novas formas de conceber o DIP é por demais conhecida e que sempre se salientou por fugir a uma visão fechada na nossa disciplina, não hesitaram na condenação global de CURRIE — a quem o mestre de Berlim chamou o *angry young man* do direito internacional privado¹⁹⁴ — considerando que a referência à «*governmental interest*» enquanto

¹⁹² *Idem, ibidem*, pág. 320. Cfr. ainda ROBERT LEFAR, *Constitutional limits on free choice of law*, Law and Contemporary Problems, vol. 28 (1963), págs. 706-721.

¹⁹³ Cfr. por ex. SANDRA TERZIAN, *The Aftermath of Babcock*, California Law Review, 54 (1966), págs. 1301-1330. AMOS SHAPIRA, *The Interest*, cit., págs. 122-133 e ROGER J. TRAVNOR, *War and Peace in the Conflict of laws, International and Comparative Law Quarterly* (de ora em diante citada simplesmente I. C. L. Q.), vol. 25 (1976), págs. 125-155.

¹⁹⁴ *Les conflits de lois et le principe de légalité*, Revue, vol. III (1963), pág. 210, nota 3.

único motivo de delimitação do campo de aplicação das regras imperativas numa situação multinacional conduz a consequências absurdas.¹⁹⁵

Tendo o grau de reprovação desta perspectiva sido consideravelmente superior ao que sofreram as restantes correntes do horizonte do DIP norte-americano cremos valer a pena determinarmos um pouco sobre as causas possíveis desse fenómeno.^{195 bis}

41. Parece-nos que a explicação para o fogo cerrado que se abateu sobre CURRIE se encontra precisamente no sentido da viragem que ele pretende operar no DIP clássico, no que para ele é o núcleo da nossa disciplina. Com efeito, e ao contrário de EVRGENIS¹⁹⁶, não cremos que CURRIE seja apenas

¹⁹⁵ *Immunité législative des contrats multinationaux*, Revue, vol. IX (1971), pág. 649. ADOLF SCHNITZER (*Betrachtungengem*, cit., pág. 324), entre outros, é da mesma opinião, afirmando frontalmente que o Estado, enquanto instituição de direito público, não tem interesse algum na aplicação de um determinado direito.

^{195 bis} Uma expressão entre tantas dessa reprovação pode ver-se nas seguintes palavras de BAYTRÖL, alías em boa medida aplicáveis às doutrinas americanas no seu conjunto: «Je me permets de penser que ce type de raisonnement est affreux. Comment les Américains, qui sont des gens efficaces, efficients, précis, réalistes, s'accommodent-ils d'un état de droit où l'on recule constamment devant toute règle générale un peu fermement définie? Vraiment, il y a là un contraste extraordinaire.»

On parle des intérêts gouvernementaux. Le juge appréciera d'après de domicile des parties, le lieu de l'accident, le contrat d'assurances, les ayants cause du défunt, que sais-je encore? On fera un «melting pot» de tout cela. Les intérêts gouvernementaux, il n'y en a pas, c'est indéfinissable. Je ne mets pas beaucoup d'espoir dans cette tentative de précision.» (TRAVNOR, cit., anos 30-32 (1969-1971), pág. 223).

¹⁹⁶ *Regards*, cit., págs. 277-278. A posição de CURRIE faria assim lembrar o que muitos anos antes escreveu GUTZWILLER: «C'est la loi par elle même, le «résultat» du processus législatif, qu'il faut consulter. Sans avoir besoin de prescriptions spéciales réglant le conflit des lois, on les trouve contenus dans le texte des statuts; elles sont là, on aura qu'à les découvrir (Le développement historique du droit international privé, Recueil, vol. 29 (1929-IV), pág. 312). No mesmo sentido também LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, I, Paris, 1968, pág. 56.

um unilateralista, com a particularidade de que fixa o âmbito de aplicação das normas de direito *ab intrinseco*, isto é, através das mesmas, e não *ab extrinseco*, através de regras de conflitos. De qualquer forma tratar-se-ia sempre de um unilateralismo que não possuindo embora o universalismo que justifica a posição de um QUADRI, por exemplo, e não visando ao contrário daquele a cooperação legislativa internacional e a harmonia jurídica, seria um unilateralismo selvagem, não final. Antes se nos afigura que a posição de CURRIE rompe totalmente com o que de adquirido havia na tradição do DIP (pelo menos a partir de SAVIGNY), tentando encontrar novas bases onde ancorar a nossa disciplina.

Um dos momentos mais relevantes dessa ruptura é a ideia de que não há lugar no DIP para o cálculo de interesses privados¹⁹⁷, ao contrário de toda a teoria tradicional do conflito de leis que afirmava serem precisamente estes interesses — o principal e mais relevantes dos quais seria, dado o âmbito internacional da nossa disciplina, o interesse das partes na previsibilidade da lei que em qualquer lugar lhes pudesse vir a ser aplicada, o que conduziria em linha recta à harmonia jurídica internacional e à importância que no DIP lhe é conferida — a mola dinamizadora e o escopo de toda a actividade conflitual.

Mais grave do que isto, é, no entanto, para a doutrina tradicional, que CURRIE procure preencher o vácuo resultante da evicção dos interesses privados do domínio do DIP com a redução deste à situação de instrumento de extensão ao plano internacional das *policies* incorporadas nas leis internas. Com efeito, o que CURRIE censura à regra de conflitos é sobretudo que, em lugar de exprimir um critério normativo determinante, proclame a indiferença do Estado que a formula quanto ao êxito do processo, que a sua visão normativa não seja a da actuação dos programas económico-sociais do Estado em vista da prossecução dos fins que quer ele quer a comunidade se propõem.

¹⁹⁷ Neste sentido tb. EVERGANS, *Tendências*, cit., pág. 367, nota 112.

Desta forma, e como bem o nota JOERGES¹⁹⁸, a tese de CURRIE postula e supõe uma alteração da função do Direito em relação ao entendimento que dele possuía por exemplo um SAVIGNY, transformando-o em instrumento da teoria social, de tal modo que os interesses públicos na aplicação do direito correspondam à efectivação dos fins sócio-políticos das regras jurídicas conflitantes. Daí que o problema do conflito de leis tenha por força de ser entendido, neste contexto, como o da determinação de qual o interesse estadual que em cada caso deva prevalecer. E daí também a suprema facilidade com que CURRIE resolve os problemas, apenas admitindo a aplicação da lei estrangeira onde e quando a *policy* do Estado do foro não tenha interesse em se efectivar. Não se trata contudo aqui de xenofobia, ou de qualquer hipervalorização do primado da *lex fori*¹⁹⁹, mas de mera aplicação de uma posição geral sobre o Direito e o Estado, entendido este como agente estruturador e transformador de uma ordem social — actuação essa que é efectuada por meio dos seus comandos legais — e concebido aquele como o instrumento por excelência de uma conformação da sociedade no sentido ditado pela comunidade organizada no Estado.

No entanto, há que reconhecer que em CURRIE não se lobruga de forma clara a fundamentação desta mudança de atitude sobre o ser do direito que permite justificar a sua concepção. E talvez por isso mesmo a sua incidência no campo do DIP, transformando o conflito de leis em mero campo de afirmação de interesses estatais, terá parecido mais incompreensível à doutrina tradicional.

De qualquer modo, o certo é que nos encontramos perante uma construção onde não é já a permeabilidade do DIP a vectores públicos que está em causa, mas a sua exclusiva subordinação a valores desta natureza. O DIP já não é mais, para o malogrado autor norte-americano, nem um direito neu-

¹⁹⁸ CHRISTIAN JOERGES, *Zum Funktionswandel des Kollisionsrecht*, Tübingen, 1971, págs. 82-83.

¹⁹⁹ Ao contrário do que acontece, por exemplo, em EHRENZWEIG. Vide, *infra*, Capítulo III, págs. 159-164.

tro nem um direito privado, mas, acima de tudo, o veículo de extensão às relações internacionais das concepções e dos valores que iluminam a vida jurídica interna e que se encontram consagrados nas suas regras legais.

Perante esta concepção, a Constituição, longe de ser um corpo estranho ao DIP, deveria antes ser compreendida como a peça fundamental da sua construção.

B. A «*politische Schule*»

42. Se a CURRIE faltou sobretudo o apoio de um engrandamento teórico em que a *governmental interest* não apparecesse como algo que embora compreensível surgia desgarrada de uma explicação mais cabal do DIP²⁰⁰, haveria de caber à *escola política* avançar o traçado de um quadro geral em que a sensibilidade do DIP a imperativos políticos se revelasse a um tempo natural e forçosa.

Este quadro encontrou-o a corrente a que ora nos referimos nas alterações de estrutura do direito privado que vêm sendo assinaladas de algum tempo a esta parte; e no reflexo que no seu entender elas devem ter no DIP e na forma de o conceber.

As ideias que dominaram a compreensão do direito (e também do Estado) durante o século XIX e uma boa parte do actual foram forjadas num ambiente histórico e cultural bem preciso, por ele sendo pois em larga medida condicionadas, ainda que uma das suas características fundamentais tenha sido a de se assumirem como se brotassesem da natureza

²⁰⁰ Estamos a pensar na ideia, avançada por CURRIE, de que o conflito de leis deve subordinar-se na sua solução à promoção dos interesses consubstanciados nas regras de direito interno do foro. Todo o escândalo desta introdução no DIP dos valores estranhos está em ela não surgir num contexto que a justifique. É claro que à primeira vista parece aceitável que o Estado do foro queira actuar as suas *políticas* e fazer valer os seus interesses. Só que, à escala internacional, importa não esquecer toda uma tradição histórico-doutrinal no sentido da limitação desta apetência primária. Ora CURRIE não fornece um qualquer quadro explicativo do DIP que substitua o anterior.

das coisas e nada devessem, em absoluto, ao contexto mental em que germinaram. A ideia subjacente a toda a construção liberal é a de uma radical separação entre duas entidades distintas, o Estado e a Sociedade²⁰¹, e, dentro dela, a ordem jurídico-privada é concebida como uma auto-regulação da sociedade, como uma ordenação própria da sociedade civil, e, como tal, de ordem estadual ou pré-estadual. O profundo optimismo que anima todas as representações mentais no virar do século XVIII para o século XIX (na herança de ROUSSEAU) faz com que se pense poderem resultar as máximas felicidade e abundância apenas mediante a libertação das sujeições a que o homem estivera obrigado no Estado absoluto. E, por força deste liberalismo de raiz, a ordenação social que o direito (quer público quer privado)²⁰² visa garantir traduz-se afinal numa defesa contra a intrusão do Estado na esfera do indivíduo e, como outra face da mesma moeda, em promover ao máximo a realização das potencialidades humanas — mas em sistema de auto-governo — que em linha recta conduziriam ao bem-estar geral.

Dentro deste quadro mental o direito privado é um direito como tal puro, imune a quaisquer influências estaduais e que procura afirmar e estabelecer as meras regras de jogo da convivência dos indivíduos. Dada a total separação em que o mundo que ele se destina a regular — a sociedade civil — se encontra do Estado este não tem a mínima possibilidade de o moldar de alguma forma. Num contexto como este, em que os direitos privados não só não possuíam qualquer carga valorativa própria como até seriam substancialmente idênticos (dado que todos procuravam assegurar a mesma *ordem*, uma ordem de sinal meramente negativo) não surpreende que o DIP nos apareça como um direito neutro (se era essa a condição do direito privado no seu todo) nem que a esco-

²⁰¹ Cfr. ROBERTO SOARES, *Direito Público*, cit., págs. 39-44 que vê em tal construção o fruto das fórmulas políticas aceites no século anterior.

²⁰² Sobre as implicações desta concepção no direito público oitocentista, cfr. ROBERTO SOARES, *op. cit.*, Capítulo III.

lha que operava fosse cega aos resultados finais (pois se as ordens jurídico-privadas apenas realizavam uma certa ordem de sinal negativo não estaria em causa a adequação dos resultados, mas a mera previsibilidade das reacções jurídicas, necessária à vida jurídica internacional).

É bem sabido que este não é já o entendimento, quer do Estado, quer do direito privado, na sociedade dos nossos dias. Esta já não é mais a sociedade livre face ao Estado, de outrora, mas um corpo em cuja regulação, dada a sua complexidade, o Estado intervém cada vez mais. E se essa intervenção começa por — a partir da primeira grande guerra — se fazer através da alteração dos direitos constitucionais e administrativo clássicos que, de garantias da liberdade dos indivíduos e da defesa da sua esfera de acção face ao Estado se vão tornar também em instrumentos da intervenção do Estado na esfera económica)²³³ vem depois, já mais perto de nós, a veicular-se através do próprio direito privado.

Com efeito, é hoje completamente pacífico não ser já o actual direito privado o reduto último e exclusivo da «civilidade», um mero quadro de garantia do livre desenvolvimento das iniciativas individuais, sobretudo no que respeita àquelas que possibilitam aos que as empreendem parcelas de poder (económico sobretudo, mas também político) sobre os seus cidadãos. Atenha a criação de verdadeiras situações de poder dentro da sociedade civil, cujo funcionamento — entende-se hoje — não pode processar-se à parte do conjunto de normas que regulam a comunidade, sectores até agora puramente privados são invadidos por uma regulamentação publicística e, o que mais aqui nos interessa, o próprio direito privado perde um tanto o seu carácter neutral para se afirmar mais e mais como um instrumento de modelação social, visando a realização substantiva de valores políticos ou pelo menos públicos.²³⁴

²³³ A este propósito, *idem*, *ibidem*, Capítulos IV e V.

²³⁴ Sobre esta transmutação do sentido do direito privado podem ver-se os trabalhos de WIRACKER, *Das Sozialmodell der Klassischen Privatrechtsbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*,

Este último processo, no entanto, não ocorreu abruptamente, antes se foi desenvolvendo através de fases, encontrando-se hoje ainda num ponto intermédio, sem que se possa timidamente prever a sua futura evolução. Começando algo timidamente com a introdução na dogmática civilística de figuras como a do abuso do direito²³⁵ — que limitam a fruição e o exercício das faculdades jurídicas e dos direitos subjectivos aos fins (necessariamente políticos em sentido lato) em ordem aos quais a ordem jurídica os reconhece aos indivíduos — a evolução continuou-se pela autonomização do todo que constituíam as relações privadas daquelas de entre estas em que se fazia sentir com maior incidência o imperativo da protecção dos interesses colectivos. Surgem assim novos ramos do direito — o direito dos seguros, o direito do trabalho, o direito da concorrência desleal, etc. — que, independentemente de se deverem ou não considerar um *tertium genus* entre o direito privado e o direito público, são decerto a expressão clara e inequívoca da extensão a relações outrora tidas por puramente civis, da incidência dos valores orientadores da vida colectiva, da sua, digamos assim, «publicização».

Assim, para além de um campo em que a sua essência anterior não sofre alterações — o que visa a protecção de uma *privaten Lebenssphäre* — o direito privado é hoje claramente também um instrumento de ordenação da colectividade, visando, como não podia deixar de ser, a prossecução de fins públicos, do interesse colectivo.

43. É na análise desta outra função reconhecida ao direito privado que alguns modernos autores alemães vão

Kalruhe, 1912; *Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen*, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hunderthjähigen Bestehen des Deutschen Juristenbundes, 1860-1960, vol. II, 1960, pág. 1 e *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.ª edição, Göttingen, 1967; FRIEDMAN, *Law in a changing society*, Londres, 1919, o já referido estudo de LUDWIG RAISER, *Die Bedeutung des Privatrechts* e ainda RAINER SCHMIDT, *Die Bedeutung der Entwicklung der Wirtschaft* e ainda *Wirtschaftsrecht für die Klassische Privatrecht*, Festschrift für H. C. NIPPERDEY, vol. I, Munique, 1968, págs. 687-699).

²³⁵ Cfr. a bibliografia citada *supra*, na nota 127^{va}.

encontrar justificação para uma nova imagem da nossa disciplina. Com efeito — e é este o vector fundamental que é comum às suas várias posições — não fazia qualquer sentido que estando toda a ordem jurídica — *inclusive*, como vimos, o direito privado — empenhada numa tarefa de ordenação da sociedade, um dos seus sectores se afirmasse indiferente a ela e prosseguisse a sua caminhada cego aos valores que todo o ordenamento visa implantar no tecido social. O DIP não poderia fugir assim por mais tempo a esta evolução, e a um princípio privatístico que até agora o dominara — e para o qual se patia das relações jurídicas das pessoas privadas, sendo a questão a de saber quando é que uma relação em virtude dos seus contactos com o estrangeiro deixa de ser regulada pela *lex fori* e passa a cair sob o âmbito de uma lei estrangeira — haveria que substituir um princípio jurídico-político — orientado no seu ponto de partida para a comunidade política e para o qual o conflito de leis se traduziria num contraste de interesses estaduais — que o DIP haveria de superar ²⁰⁵.

A *politische schule* encontra um precursor em KRONSTEIN ²⁰⁶ que fora já bem claro na exigência em considerar o DIP um instrumento de ordem social, nesse sentido propondo a aplicação do direito interno sempre que a ordem do foro corresse o perigo de ser afectada. Mais recentemente, e ainda antes da aparição como tal da *escola política*, também WERTHÖLTER ²⁰⁷ situaria o problema tal como o começamos por apresentar: com efeito, para este autor, quer o declínio das premissas em que assentava o entendimento tradicional do Estado e da sociedade — ou seja, a separação radical destas duas entidades e a visão do direito privado como produto pre-estadual da sociedade civil — quer o seu

²⁰⁵ Assim, por ex., JOERGES, *Internationales Privatrecht*, in *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, vol. I, Munique, 1972, pág. 189.

²⁰⁶ *Crisis of Conflict of Laws*, cit., págs. 508 e 511.

²⁰⁷ *Zur Frage des internationalen ordre public*, *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 7 (1968), pág. 162 e *Internationalen Nachlassverfahrrensrecht*, *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Erbrechts*, Berlin, 1969, pág. 142.

desaparecimento, como o atenuar da distinção entre direito público e direito privado e a publicização deste último, haveriam de trazer consequências no seio do DIP.

É no entanto com PETER MAX GUTZWILLER e sobretudo com JOERGES que as novas ideias encontram expressão no campo do DIP. O primeiro ²⁰⁸ sublinha que a nossa disciplina para além de atender aos interesses das partes em conflito nas relações jurídicas internacionais tem também que regular os interesses jurídicos-materiais e jurídico-internacionais das comunidades jurídicas atingidas: desse modo, tem que considerar especialmente quer as relações que podem influenciar a sociedade estadual, seus fins e necessidades, quer as que devem ser modeladas pelas condições da sociedade nacional. Neste sentido, ao aplicar o direito, os interesses e políticas do Estado do foro deveriam ser considerados em ordem à sua imposição no âmbito internacional. Com JOERGES, a construção atinge o supremo apuro ²⁰⁹: na sua ideia, até agora o DIP teria vivido imerso no sono profundo da concepção savigniana, da qual até a jurisprudência dos interesses que KABEL até ele tentou trazer ²¹⁰ e mesmo a teoria da *Sonderanknüpfung* ²¹¹ não passariam de mera continuação. Urgia no entanto alterar as coisas num sentido desbravado pelas posições americanas, nomeadamente de CURRIE. Haveria assim que eliminar do conflito de leis os interesses privados, pelo menos enquanto dado autónomo, pois eles seriam considerados no contexto dos interesses comunitários, e a decisão de escolha de uma dada ordem jurídica seria fundamentalmente ditada pelos fins e funções das normas materiais em colisão (as *policies* de CURRIE). Em lugar da harmonia de decisões o DIP visaria assim a obtenção de um compromisso entre os Estados interessados (como que à maneira da doutrina da *comitas* de HUBER e da escola holandesa do

²⁰⁸ Cfr. *Von Ziel und Methode des IPR*, cit., pág. 165.

²⁰⁹ *Zum Funktionswandel*, cit., págs. 17 e 151 e *Internationales*, cit., pág. 190.

²¹⁰ Vide, *supra*, Introdução, n.º 2, págs. 28-30.

²¹¹ Vide, *supra*, Capítulo II, Secção I, C., págs. 126-130.

século XVIII²²). No entanto há um ponto em que JORGES censura CURRIE: segundo o nosso autor, o moderno conflito de leis americano ainda seria de alguma sorte um direito formal, na medida em que (pelo menos em CURRIE) ele acharia as *polícias* estaduais não por elas mesmas mas para evitar perturbações à ordem jurídica do foro. Assim não se protegeriam os valores sociais em si mas a sua expressão legal, o sistema que os incorpora (e que nas suas leis os pode inclusivamente contrariar).

44. Perante o exposto parece estarmos bastante longe do direito de aplicação de direito, valorativamente neutro e fundado nos interesses das partes, que era o DIP de SAVIGNY. O longo caminho percorrido no sentido da politização do DIP²³ leva-nos a pensar se não se inventou de vez o complexo de inferioridade dos publicistas em face do direito civil, de que fala ROGÉRIO SOARES²⁴. Importa no entanto ver em que medida se justificam e colhem aplauso as propostas da *escola política*.

Um ponto pode desde já considerar-se assente. A complexificação crescente da sociedade e a invasão dos interesses colectivos em problemas que até agora relevavam do mero direito privado conduziram à demarcação, se bem que insegura e sobretudo oscilante, de uma zona que, não sendo ainda do domínio do direito público, não pertence já ao direito privado clássico. Tal constatação subsiste na justificação que FRANCISCAKIS²⁵ dá para as *lois d'application immédiate* e é compartilhada por MIRAL DE LA MUELA²⁶ que fala a este propósito em leis cujo objecto se caracteriza pelo facto de serem

²² Vide, *supra*, Introdução, n.º 2, pág. 14.

²³ Assim se lhe refere NEUNHAUS (*Neue Wege*, cit., pág. 403) e ECKARD REHBINDER (*Zur Politisierung des Internationalen Privatrechts*, I. Z., 1973, págs. 151-158). Para este autor (pág. 151) esta é a tendência mais perigosa para o DIP tradicional pois se baseia numa análise das funções da ordem jurídica privada que fora do DIP é aceite.

²⁴ *Op. cit.*, pág. 7.

²⁵ *Cfr. supra*, Capítulo II, Secção I, B, págs. 112-122.

²⁶ *De la territorialidad*, cit., pág. 28.

ao lado do interesse particular o interesse comum (entendido como a soma daqueles) e cuja protecção estaria a cargo da organização estadual. A este respeito fala REHBINDER²⁷ de um direito privado *ordnungsrelevant* (relevante para efeitos de ordenação social), para ele sustentando a conveniência de criar um sistema conflitual complementar fundado na doutrina da *Sonderanknüpfung* e pelo qual se corrigiriam as deficiências do DIP clássico²⁸. Não haveria necessidade de uma nova construção do DIP ou de cair no casuismo. Apenas se criaria um direito de conflitos especial para todo um amplo sector em que as formas de raciocínio tradicionais já revelaram claramente a sua imprestabilidade.

Para além deste ponto, e pese embora a sedução que o raciocínio da *escola política* pelo seu brilho inegavelmente produz, importa constatar que é de não aceitar pelo menos a decapitação dos interesses privados que propõe. E isto porque é um dado da actual ciência jurídica²⁹ que a aplicação do direito não é algo que se faça mecânica e inextricavelmente a partir da lei, mas que se impõe a consideração das particularidades do caso concreto. A *escola política* parece esquecê-lo, impondo-se no entanto que eles sejam objecto de consideração no seio do DIP, para o que teria de se admitir como o sugere REHBINDER, no momento da aplicação das normas, uma reabertura do processo de valoração (*Wiederöffnung des Wertungsprozesses*)³⁰. Por outro lado, se o que se propõe é a superação de uma concepção herdada de um passado distante e que hoje é irreconhecível na imagem que de si fazem os restantes ramos de direito, o certo é que se não avança ainda com um novo modelo de sociedade internacional que dê coerência ao módulo de DIP que se propõe³¹. Em vista do

²⁷ *Zur Politisierung*, cit., pág. 157.

²⁸ Negando que tal construção proposta por JORGES para o direito internacional da concorrência desleal pudesse assumir qualquer interesse para o DIP no seu todo, veja-se NEUNHAUS, *Empiriekritik*, cit., pág. 456, nota 14.

²⁹ Vide os trabalhos citados *supra*, na nota 24 da Primeira Parte deste trabalho.

³⁰ *Zur Politisierung*, cit., pág. 157.

que as propostas da *politische Schule*, devendo constituir sem dívida objecto de reflexão, não são susceptíveis, tal como se encontram formuladas, de qualquer apoio acrífico.

O que cremos se pode sem qualquer dívida concluir, no entanto, é que, se não são de acolher sem mais as concepções políticas do DIP²², não pode também duvidar-se por mais tempo da necessidade de a nossa disciplina se abrir também à sua contemplação, sob pena de, pretendendo afastá-las de todo do seu seio, vir amanhã, por força de um desnascido desajustamento à realidade a que tal processo conduziria, a ter de recebê-las, por reacção, de choque e em massa²³. Pelo que, cremos, se recomenda uma vez mais que o DIP tome em consideração pelo menos os valores de mais elevado escalão positivo que o ordenamento jurídico reconhece, ou seja os que se encontram consagrados na Constituição.

C. A doutrina dos países do Leste Europeu e a realidade do DIP»

45. Enquanto, como acabamos de ver, alguns sectores da doutrina europeia continental, na senda das ideias do norte-americano BRAINERD CURRIE, tentam a publicização do DIP procurando no entanto fundamentar rigorosamente este passo (e sofrendo — por isso — fortes críticas da maioria dos autores ocidentais), mais a leste desenvolve-se com toda a

²¹ Neste sentido também STRENDORFF, *Entwicklungen des deutschen internationalen Privatrechts*, Deutsche Zivil- und Kollisionsrechtliche Beiträge zum IX. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Teheran, 1974, Tübingen, 1974, pág. 158.

²² Políticas, no sentido de que se caracterizam primordialmente por procurar evitar que a organização estadual se veja afectada pela presença, dentro da órbita do seu sistema jurídico, de elementos estrangeiros existentes por hipótese nas relações internacionais. Assim, PEREZ VERA, *Interesses*, cit., pág. 49.

²³ De modo análogo ao que se teria passado, segundo JUNGGER, com o DIP norte-americano, a outro propósito. Cfr. *Zum Wandel*, cit., Nachwort, pág. 444.

naturalidade e simplicidade das coisas evidentes uma concepção fortemente ideologizada da nossa disciplina. É assim comum ver-se escrito que «atrás de cada empresa, de cada indivíduo, nós encontramos no comércio internacional o Estado, e toda a controvérsia e todo o diferendo pode transformar-se num conflito entre Estados»²⁴ ou que «não deve substituir-se a influência no DIP das condições políticas e ideológicas existentes»²⁵. Afirmações essas que em vez de acentuarem simplesmente a interdependência entre o DIP e os outros aspectos (públicos e políticos) das relações que este regula, parecem visar mais longe e subentender mesmo a dependência total deste domínio jurídico em relação a uma certa visão do mundo e das relações humanas. Não é tanto a sensibilidade do DIP em relação a um conjunto de valores metajurídicos que lhe estariam subjacentes que aqui está em causa, mas a sua «ideologização», entendida como a penetração das suas estruturas e quadros por corolários de uma mundividência do homem e da sociedade que o reduzem a mero momento de um sistema mais geral. Não se trata pois de preencher um DIP formal com um conteúdo material, mas de clarificar a função que lhe está atribuída num contexto ideológico global no qual ele não passa de mera peça desprovida de qualquer autonomia.²⁶

Referimo-nos, como é bem fácil de ver, às posições avan-

²⁴ KRUIOV, citado por ERTENNE SZÁSZY, *L'évolution des principes généraux de droit international privé dans les pays de démocratie populaire*, Revue, vol. III (1965), pág. 15.

²⁵ PAVEL KALINSKY, *Trends of Private International Law*, Praga, 1971, pág. 43.

²⁶ Exemplar demonstração do que afirmamos no texto parece-nos ser uma afirmação de KALINSKY para quem «o DIP de cada Estado expressa certos interesses de classe e na sua substância incorpora a vontade da classe dominante isolada dentro das suas fronteiras naturais; vontade essa que tem ao mesmo tempo de ter em conta os interesses que a classe dominante desse Estado particular tem em relação aos outros membros da comunidade internacional, independentemente destes se integrarem ou não no mesmo sistema sócio-económico» (*Trends*, cit., pág. 15).

cadras sobre a nossa disciplina pela doutrina dos chamados países de democracia popular nomeadamente a partir dos anos 50. Tais posições são o reflexo, no campo do DIP, das orientações mais gerais que naqueles Estados se defendem sobre o Direito e que não relevam tanto, como se sabe, da intenção de inocular neste um conteúdo específico, por diferente que seja a sua natureza, como da ideia de o reduzir à mera expressão de um contexto que o supera e que se rege por valores que não são de algum modo os da justiça. A ideologiação do Direito (no caso, do DIP) assenta assim na consideração de que este não possui qualquer autonomia valorativa própria e de que deve portanto ser adequado, instrumentalizado, àqueles sectores do científico que a possuem — no caso a política (desde meados do século passado) ²⁷.

A situação é pois aqui bem diferente da que encontramos no caso da *politische Schule*. Daí que falemos agora não já em publicização ou socialização do direito mas da sua ideologiação (enquanto inserção automática num mais vasto quadro ideológico) ou instrumentalização (na medida em que se nega a sua autonomia, reduzindo-o a mera expressão pontual de um entendimento global da realidade). Daí que o que se procure não seja melhorar a imagem de um DIP clássico que apresentaria carências várias (como se tenta fazer em praticamente todas as contribuições renovadoras que temos analisado ao longo deste trabalho), mas vestir-lhe uma nova veste, o que resultaria da sua integração numa concepção do direito radicalmente diferente da tradicional.

Nesta outra concepção — que estrutura e serve de alicerce ao entendimento corrente do DIP nas democracias populares — a justiça das normas legais não é de buscar em valores que as transcendam, mas em circunstâncias que quase se podem dizer atinentes ao seu processo de formação. Como em ROUSSEAU, para quem «se a lei é obra de toda a comuni-

²⁷ Sobre a instrumentalização do Direito aos valores políticos veja-se o que escrevemos em *Nacionalidade e Descolonização*, cit., e autores e obras aí citadas. E agora de novo CASTANHEIRA NEVES, *Justiça e Direito*, Boletim, vol. XI (1975), págs. 220-221.

dade ou dos seus representantes legítimos não há lugar à questão da sua eventual injustiça, porque ninguém seria injusto para consigo mesmo», também agora a lei é justa porque sendo obra do partido traduz os interesses da classe trabalhadora pelo que está fatalmente de acordo com o desenvolvimento histórico ²⁸. O Direito é pois, e apenas, um instrumento da classe que detém o poder e do qual esta se serve para oprimir as demais, para perseguir o seu interesse particular ²⁹. E a sua redução a esta função não é já limitada à fase histórica anterior ao advento do socialismo em que o Direito seria esse instrumento degradado de sustentação da ordem estabelecida e de protecção da classe dominante. Com efeito, à ideia de MARX e ENGELS do *déperissement* do Estado e do Direito sucede a recuperação posterior destas categorias que deixam de ser consideradas, como sugestivamente pretende WEIZEL ²⁹, como «frutos do pecado», para passarem a

²⁸ A questão do valor da lei é posta nas duas posições sob um ponto de vista meramente formal. O que decide da correcção intrínseca da lei é afinal a circunstância de na sua intervenção terem intervenido ou o Estado democraticamente organizado (ROUSSEAU) ou o partido (doutrina marxista). E tudo uma questão de mediação e parece pouco importar o teor dos comandos legais ou os seus propósitos. A analogia entre o papel do Estado e o do partido nas duas concepções em causa é aliás sublinhada por KARL POIX para quem «o caminho da morte do Estado e do Direito no comunismo é o do desenvolvimento em todas as direcções do papel director do partido» (*Zur Funktion der Moral in der bürgerlichen Staats und Rechtslehre*, Staat und Recht, 9 (1960), pág. 1199). A semelhança, contudo, acaba aqui pois apenas a segunda das orientações em questão mantém a sua inflexibilidade, tendo a primeira patenteado um grande gesto de abertura a imperativos que escapam à ideia da plenitude lógica da ordem jurídica: veja-se por exemplo o que se passa com a lei injusta (cfr. a propósito CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto*, cit., págs. 531-579) e com as normas constitucionais inconstitucionais (cfr. BACHION, *Normas Constitucionais Inconstitucionais*, tradução portuguesa, Coimbra, 1977, *passim*).

²⁹ ²⁸ ²⁹ Veja-se em sentido contrário a análise de FRANCIS BOURDIN, *Is law the expression of class selfishness?*, Harvard Law Review, vol. xxv (1912), págs. 349-371.

²⁹ *Introduction*, cit., págs. 206-207.

desempenhar na nova ordem o mesmíssimo papel que na anterior, só que servindo agora senhores diferentes.²⁰

46. Se o direito não é pois algo mais que a vontade da classe dominante, o DIP, expressão parcelar dessa vontade, não pode assim limitar-se a uma normação em branco ou valorativamente neutra, antes tendo que se subordinar ao dirigismo político-filosófico do partido no poder.²¹ Daí também que a sua elaboração teórica haja de ser fundada na política externa dos Estados, cujos objetivos ditaram o conteúdo das regras legais,²² e que a escolha do elemento de conexão seja vista como o modo de cada Estado se assegurar da lei mais favorável aos interesses da sua classe dominante.²³

E por esta via ainda se resolve o problema da especifici-

²⁰ Tendência que encontrou em VYCHINSKI o seu principal representante e que não foi abandonada ainda dentro do quadro do marxismo em favor de um retorno a MARX. Neste sentido cfr. MONEGUE e ROLAND WETZ, *Revolução e Perspectivas do Direito* (tradução portuguesa), Lisboa, 1975, pág. 175. É este mais um exemplo do duplo partidarismo da doutrina comunista de que fala WETZEL (*Introducción*, cit., pág. 203): se todo o pensamento é partidário, enquanto o partidarismo das classes reaccionárias elimina a possibilidade de uma investigação científica, porque estas classes entram sempre em confronto com a realidade, já assim não é com as classes progressivas que, pela sua simples situação social, vêem os seus interesses serem os do desenvolvimento histórico, estão interessadas no conhecimento científico e são naturalmente propensas a atingi-lo. Assim, também o Direito, de impuro instrumento de opressão de classes da época pré-socialista se volveria por obra e graça deste duplo partidarismo (conquanto que à revelia de MARX e ENGELS) em intocável e acima de toda a suspeita meio de defesa da nova ordem.

²¹ Neste sentido, DENCKER afirma expressamente que LUNZ admite candidamente que as directivas dos *leader* do partido e do governo em questão de política externa são a base sobre que se constrói o DIP (*Soviet views on private international law*, I. C. L. Q., vol. 4 (1950), pág. 386).

²² Assim, por ex., ÉTIENNE SZASZY, *L'évolution*, cit., págs. 15 e 35 e *Privaté International Law on the European People's Democracies*, Budapest, 1964, pág. 16.

²³ SZASZY, *L'évolution*, cit., pág. 234.

cidade do DIP tal como o viam os autores clássicos, isto é, a questão de nele entrarem em jogo interesses de vários Estados. Tudo está em se tomar consciência de que as normas jurídicas são expressão de uma conciliação de interesses e que as regras que presidem às relações internacionais têm na sua base a conciliação dos interesses das classes dominantes dos vários países em questão.²⁴ É essa conciliação (necessária mesmo quando os países em confronto pertencem a mundos político-sociais diferentes) que possibilita não só a existência do DIP e o seu desenvolvimento, como o acordo sobre as suas estruturas que se pode constatar em alguns aspectos, porventura os mais importantes, entre a doutrina ocidental e a dos países socialistas.²⁵ Acordo esse que não tem impedido a doutrina dos países de democracia popular de insistir a todo o momento na diferente imagem que tem da nossa disciplina, imagem que é fruto, a um tempo, da consideração de que ela é um fenómeno complexo e uma parte da cultura legal da sociedade que, como tal, participa da natureza reconhecida a todos os sectores do jurídico.

Ao atribuir à nossa disciplina esta função e ao situá-la no contexto que acaba de ser referido, os sectores doutrinários que assim procedem estão igualmente a abrir nele perspectivas que possibilitam o seu confronto com as normas constitucionais.

²⁴ SZASZY, *Conflict of laws*, cit., págs. 60-64.

²⁵ Tratando um quadro desta convergência pode ver-se L. A. LUNZ, *L'objet et les principes fondamentaux du droit international privé en URSS et dans les autres pays socialistes européens*, Clunet, vol. 100 (1973), págs. 91-115.