

LUÍS DE LIMA PINHEIRO
Doutor em Direito
Professor da Faculdade de Direito de Lisboa

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO
PARTE ESPECIAL

DIREITO DE CONFLITOS – PARTE ESPECIAL

VOLUME II

3.^a EDIÇÃO REFUNDIDA


ALMEDINA

CAPÍTULO II

As pessoas singulares

Bibliografia específica: ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO – *Direito Internacional Privado. Problemas especiais de interpretação e aplicação da norma de conflitos. A conexão* (Lições de 1967/68), 31 e segs. e 58 e segs.; Id. 1970: 9 e segs.; Id. *Direito Internacional Privado. Sistema português de normas de conflitos. § 1.º – Pessoas singulares (Institutos de protecção aos incapazes)* (Lições de 1971/1972); FERRER CORREIA – *Lições de Direito Internacional Privado. Aditamentos – II. Lei reguladora do estatuto pessoal*, Coimbra, 1975; Id. 1981: 50 e seg.; Id. 2000: 388 e segs.; BAPTISTA MACHADO [1982: 339 e segs.]; Alfred VON OVERBECK – *Persons*, in *IECL*, vol. III/cap. 15, 1970; Id. – “La contribution de la conférence de La Haye au développement du droit international privé”, *RCADI* 233 (1992-II) 9-98; RABEL/DROBNIG [I 107 e segs.]; BATIFFOL/LAGARDE [1993: 396 e 461 e segs.]; Jürgen BASEDOW e DIEHL-LEISTNER – “Staatsangehörigkeitsprinzip im Einwanderungsland – Zu den soziologischen und ausländerpolitischen Grundlagen der Nationalitätsanknüpfung im Internationalen Privatrecht”, in *Nation und Staat im Internationalen Privatrecht*, org. por JAYME e MANSEL, 13-43, 1988; Jean-Yves CARLIER – *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelas, 1992; Yvon LOUSSOUARN – “La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé”, in *Ann. Inst. dr. international.* 62-I (1987) 295-349 ; FERNÁNDEZ ROZAS – “Capítulo I (Derecho de la persona)”, in GONZÁLEZ CAMPOS et al. – *Derecho internacional privado. Parte especial* (cit.); Antonietta DI BLASE – “Articoli 20-24”, in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* (cit.); Marc FALLON – “La nueva Ley belga conteniendo el Código de Derecho Internacional Privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 56 (2004) 821-835; Rui MOURA RAMOS – “Dos direitos adquiridos em Direito Internacional Privado”, *BFDC* 50 (1974) 175-217, 215 e segs.; Id. – “A protecção das crianças no plano internacional. As novas normas convencionais da Haia aplicáveis à protecção das crianças em situações da vida jurídico-privada internacional”, *Infância e Juventude* (1998-II) 9-38; António MARQUES DOS SANTOS – “Quem manda mais – a residência ou a nacionalidade?”, in

Studia Iuridica (BFDC) 68: 41-53, s.d.; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA – *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, 1995, 501 e segs.; A. STRUYCKEN – “La convenzione di Monaco sulla legge applicabile ai cognomi e nomi”, *RDIPP* 27 (1991) 573-592; Michel VERWILGHEN – “Rapport explicatif”, in *Conférence de La Haye de droit international privé. Actes et documents de la douzième session*, 1972; Paul LAGARDE – “Rapport explicatif sur la Convention-Protection des enfants de 1996”, in *Conférence de La Haye de droit international privé. Actes et documents de la Dix-huitième session, t. II, Protection des enfants*, 1996; Id. – “La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs”, *R. crit.* 86 (1997) 217-237; Paolo PICONE – “La nuova convenzione dell’Aja sulla protezione dei minori”, in *Studi di diritto internazionale privato* (2003), 507-550, 1996; Dieter MARTINY – “Maintenance Obligations in the Conflict of Laws”, *RCADI* 247 (1994-III) 131-288; Fernando FERREIRA PINTO – *Do Conflito de Leis em Matéria de Obrigação de Alimentos*, Lisboa, 1992; Dário MOURA VICENTE – “Lei Pessoal das Pessoas Singulares”, *Scientia Iuridica* (2001) n.º 290 125-147; ELSA DIAS OLIVEIRA – “Convenções internacionais e Direito Comunitário no domínio do Direito dos Menores”, *Revista do CEJ* (2004) 53-75; Nuno ASCENSÃO SILVA – “A Convenção da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças – alguns aspectos”, in *Est. Marques dos Santos*, vol. I, 443-556, Coimbra, 2005; “Do estatuto pessoal – unidade e dispersão (algumas notas a propósito da comemoração dos 35 anos do Código Civil)”, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, 549-649, Coimbra, 2006; FLORBELA PIRES – *Conflitos de Leis. Comentário aos artigos 14.º a 65.º do Código Civil*, Coimbra, 2009, 52 e segs., 124 e segs. e 148 e seg.; MARIANNE ANDRAE – “Zur Abgrenzung des räumlichen Anwendungsbereichs von EheVO, MSA, KSÜ und autonomem IZPR/IPR”, *IPRax* 26 (2006) 82-88.

53. Noção, âmbito e determinação da lei pessoal

A) Noção e alcance da lei pessoal

Como atrás foi assinalado, a Subsecção I da Secção II do Capítulo do Código Civil dedicado ao Direito Internacional Privado, intitulada “Âmbito e determinação da lei pessoal”, corresponde grosso modo ao Subtítulo I do Título II do Livro I que, em Direito material, trata da personalidade e capacidade jurídica das pessoas singulares, dos direitos de

personalidade, da tutela dos interditos e inabilitados, contendo ainda disposições gerais sobre as pessoas colectivas.

Começamos por estudar a noção, âmbito e determinação da lei pessoal das pessoas singulares, remetendo para o Capítulo seguinte o estudo das pessoas colectivas. A separação entre estas matérias explica-se não só por conveniência de exposição, mas também por se entender que, contrariamente ao que sugere a sistemática legal, é bastante limitada a analogia que em matéria de lei pessoal se pode estabelecer entre as pessoas singulares e as pessoas colectivas.

No que toca às pessoas singulares, o conceito de lei pessoal utilizado pelo legislador português tem na sua base a noção tradicional de *estatuto pessoal*, de origem estatutária.

Para os estatutários eram estatutos pessoais as leis de um ordenamento jurídico local que regessem as pessoas domiciliadas no território correspondente a esse ordenamento ou dele originárias. Estas leis eram, em princípio, de aplicação extraterritorial, seguindo a pessoa para onde quer que ela se deslocasse.

Perante o Direito de Conflitos português, é *lei pessoal* a que rege o conjunto de matérias definido no art. 25.º CC, com os aditamentos e desvios introduzidos pelos preceitos seguintes.

Este conjunto de matérias é frequentemente designado como “matérias do *estatuto pessoal*”. É neste contexto que a expressão “estatuto pessoal” é utilizada no n.º 2 do art. 18.º CC. O estatuto pessoal não é, porém, um âmbito de matérias, mas o conjunto das proposições jurídico-materiais que são chamadas, pelas normas de conflitos relevantes, a título de lei pessoal.

A lei pessoal é, em princípio, a da nacionalidade do indivíduo (art. 31.º/1 CC). Mas não deve confundir-se a lei pessoal com a lei da nacionalidade. A lei pessoal não é definida por um elemento de conexão, mas por um conjunto de matérias. A lei da nacionalidade pode ser chamada a outro título, como se verifica, em sede de responsabilidade extracontratual, perante o art. 45.º/3 CC. E a lei pessoal é, em certos casos, a lei da residência habitual (arts. 32.º/1 e 52.º/2/1.ª parte), a lei do país com o qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexas (art. 52.º/2/ 2.ª parte) e a lei da primeira residência conjugal (art. 53.º/2/2.ª parte).

Observe-se, no entanto, que no art. 17.º/2 CC a expressão “lei pessoal” é empregue numa acepção mais restrita. Perante este preceito só é lei pessoal aquela que, além de reger matéria do estatuto pessoal, seja individualizada pelo elemento de conexão nacionalidade (*supra* § 37 B).

O que caracteriza as matérias do estatuto pessoal? Trata-se de estados, qualidades ou situações que “por afectarem a pessoa na totalidade da sua esfera jurídica, ou um sector importante dela, o legislador de conflitos entendeu submeter a uma legislação definida em função dos sujeitos de tais estados, qualidades ou situações”¹⁶.

Esta noção de lei pessoal tem subjacentes duas ideias rectoras do Direito de Conflitos: o *princípio da conexão mais estreita* e o *princípio da personalidade dos indivíduos* (§ 17 C).

Segundo o princípio da conexão mais estreita, que é a mais geral das directrizes do Direito Internacional Privado ao nível da escolha das conexões, deve ser aplicada a lei com que a pessoa ou pessoas em causa estão mais intimamente ligadas ou familiarizadas. Este princípio ganha especial importância nas matérias que afectam a totalidade ou uma parte importante da esfera jurídica das pessoas, ligando-se ao princípio da personalidade dos indivíduos.

O princípio da personalidade dos indivíduos manifesta-se desde logo no Direito Civil, na primazia sistemática das matérias relativas às qualidades jurídicas das pessoas singulares e aos direitos de personalidade de que gozam. Esta colocação sistemática, além de corresponder a razões de conveniência prática, exprime a importância atribuída à personalidade dos indivíduos e à sua tutela. A transposição desta sistemática para o Direito de Conflitos traduz a manifestação do mesmo princípio ao nível do Direito de Conflitos. A este nível o princípio postula que certas qualidades e situações jurídicas são “atributos ou irradiações substanciais” da pessoa humana, que toda a ordem jurídica deve reconhecer na sua identidade essencial, onde quer que ela se manifeste¹⁷. Na expressão de HAROLDO VALLADÃO “...o Direito Internacional Privado é o anjo da guarda do ser humano em suas viagens através do espaço” e tem a “esplendente missão” de “assegurar a continuidade espacial, e, pois, também, temporal, da personalidade humana”¹⁸.

Da conjunção destas duas ideias rectoras resulta que a lei pessoal tem de ser individualizada por um elemento de conexão que exprima uma ligação íntima e estável com a pessoa ou pessoas em causa. Chega-se assim a

¹⁶ Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1970: 12 e seg.].

¹⁷ FERRER CORREIA [1975: 118]. Ver ainda ASCENSÃO SILVA [2006: 552 e segs.].

¹⁸ I, prefácio à 1.ª ed., VII e seg. O autor, porém, encara criticamente a noção de “lei pessoal” – cf. II 4.

uma delimitação dos elementos de conexão que podem ser relevantes em matéria de estatuto pessoal: a nacionalidade, o domicílio e a residência habitual. Estas considerações já não permitem optar em definitivo por um destes elementos de conexão. Nesta opção têm de entrar outras considerações, como adiante veremos.

B) *Âmbito da lei pessoal*

Há divergências entre os sistemas nacionais não só quanto à delimitação das matérias do estatuto pessoal mas também quanto à própria relevância das noções de lei pessoal e de estatuto pessoal.

Por forma geral, pode dizer-se que enquanto nos sistemas da família romanogermânica, que na sua maioria seguem o princípio da nacionalidade, estas noções continuam a ser importantes, nos ordenamentos do *Common Law* elas não constituem categorias normativas e são pouco utilizadas pela doutrina. Quando se diz que os sistemas do *Common Law* adoptam o princípio do domicílio em matéria de estatuto pessoal isto só pode significar que um certo âmbito de matérias que, em sistemas como o nosso, é regido pela lei pessoal, está nesses sistemas submetido à lei do domicílio.

O âmbito de aplicação reconhecido pelos sistemas da família romanogermânica à lei pessoal é tendencialmente mais extenso que o atribuído à lei do domicílio pelos sistemas do *Common Law*. Mas também se registam diferenças importantes entre os sistemas referidos em primeiro lugar. É o que se verifica designadamente em matéria de sucessões por morte. Enquanto os Direitos português, alemão, espanhol e italiano submetem o conjunto da sucessão à lei pessoal, os Direitos belga e francês, que adoptam o princípio da nacionalidade em matéria de estatuto pessoal, submetem a sucessão dos bens móveis à lei do domicílio e a sucessão dos bens imóveis à lei da sua situação (à semelhança dos sistemas do *Common Law*)¹⁹.

¹⁹ Isto significa, segundo o entendimento dominante, que as sucessões estão excluídas do estatuto pessoal – cf. BATIFFOL/LAGARDE [1993: 460]. O Código belga de Direito Internacional Privado, de 2004, introduz limitações importantes ao princípio da nacionalidade, e submete a sucessão mobiliária ao Direito da última residência habitual do autor da sucessão (art. 78.º/1).

Perante o Direito português, já se assinalou que o conjunto de matérias regido pela lei pessoal se encontra definido no art. 25.º CC com os desvios introduzidos pelos preceitos seguintes.

O art. 25.º enumera o “estado dos indivíduos, a capacidade das pessoas, as relações de família e as sucessões por morte”. A estas matérias somam-se, nos termos dos artigos seguintes, o início e termo da personalidade jurídica (art. 26.º), os direitos de personalidade (art. 27.º) e a tutela e institutos análogos (art. 30.º).

São ainda de incluir no âmbito da lei pessoal outras matérias que forem análogas às que se encontram previstas nos arts. 25.º e segs. É o caso dos efeitos da ausência sobre a capacidade genérica de gozo ou sobre a própria personalidade jurídica.

As relações de família e as sucessões por morte são objecto de disposições especiais que constam das Subsecções V e VI. Da relação de especialidade que assim se estabelece resulta que se certa questão relativa a relações de família ou sucessões por morte não puder ser reconduzida a uma das disposições especiais, há-de entender-se que está submetida à regra geral que resulta da conjugação do art. 25.º com o art. 31.º/1 ou com o art. 32.º CC.

C) *Determinação da lei pessoal – em geral*

A controvérsia sobre a determinação da lei pessoal remonta à escola estatutária. Com efeito, os estatutários hesitaram entre a aplicação da lei da origem ou da lei do domicílio. No século XIX, SAVIGNY propugnou pelo princípio do domicílio, com apelo à ideia de “submissão voluntária” das pessoas à lei do seu domicílio. O princípio da nacionalidade, já consagrado no Código Civil francês, foi defendido por MANCINI, com base no Direito Internacional Público. Segundo este autor, a nacionalidade constitui o fundamento e o limite da aplicação do Direito de cada Estado, porque as leis que cada Estado edita seriam concebidas para os seus nacionais.

A divisão persiste hoje.

A maioria dos sistemas da Europa continental segue o princípio da nacionalidade. Nas codificações mais recentes realizadas na Europa continental verifica-se que o princípio da nacionalidade foi mantido pela Lei alemã de 1986, pela Lei romena de 1992, pela Lei italiana de 1995, pela Lei do Liechtenstein de 1996 e pelo Código belga de Direito Internacional

Privado de 2004, embora neste caso com grandes concessões à residência habitual²⁰. Já na Lei suíça de 1987 triunfou o princípio do domicílio.

O princípio do domicílio domina entre os sistemas do *Common Law* e nos Estados da América do Sul²¹.

Nas Convenções da Haia mais recentes tem-se procurado conciliar ambos os princípios, através de uma articulação entre as conexões lei da residência habitual e lei da nacionalidade²². A tendência para atribuir um papel de maior importância à residência habitual é acompanhada de certas qualificações deste elemento de conexão, de uma cláusula de exceção e da relevância da autonomia da vontade²³.

Segundo um entendimento, que foi acolhido nas Convenções da Haia sobre a Administração Internacional de Heranças, de 1973 (art. 3.º) e sobre a Lei Aplicável às Sucessões por Morte, de 1989 (art. 3.º), a lei da residência habitual prevalece sobre a lei da nacionalidade quando alcance uma certa duração²⁴. Nas referidas Convenções esta duração é fixada em cinco anos.

Por seu turno, a cláusula de exceção permite o afastamento da lei da residência habitual quando a pessoa em causa apresente laços manifestamente mais estreitos com o Estado da nacionalidade. É o que se verifica nos termos da Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável às Sucessões por Morte (art. 3.º/2.ª parte).

Também a Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos Regimes Matrimoniais (1978) dá primazia à lei da primeira residência habitual dos cônjuges após o casamento (art. 4.º/1). A lei da nacionalidade comum, porém, é aplicável em certos casos em que o Estado da nacionalidade comum, sendo parte na Convenção, fez uma declaração nesse sentido ou, não sendo parte na Convenção, adopta o princípio da nacionalidade. Na delimitação destes casos a Convenção toma em conta a duração da residência

²⁰ Ver FALLON [2004: 826-827].

²¹ Ver Diego FERNÁNDEZ ARROYO – “Personas físicas”, in *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, org. FERNÁNDEZ ARROYO, Buenos Aires, 2003, 505 e segs. É em todo o caso de assinalar que estes sistemas divergem consideravelmente quanto ao conceito de domicílio relevante para o Direito de Conflitos. O princípio do domicílio também foi acolhido nos arts. 3083.º e segs. do Código Civil do Quebec.

²² Ver VON OVERBECK [1992: 72 e segs.].

²³ Ver BASEDOW/DIEHL-LEISTNER [40 e segs.].

²⁴ No sentido de uma qualificação do domicílio por um período de residência efectiva ou por uma autorização de residência apontam já RABEL/DROBNIG [I 171 e seg.].

habitual e a posição do Estado da residência habitual quanto ao Direito aplicável²⁵.

Esta Convenção admite ainda a liberdade de escolha entre a lei nacional e a lei da residência habitual (arts. 3.º e 6.º)²⁶.

Também a Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável às Sucessões por Morte faculta ao interessado a escolha entre a lei da nacionalidade e a lei da residência habitual (art. 5.º)²⁷.

Na mesma linha, a Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre a dualidade dos princípios da nacionalidade e do domicílio em Direito Internacional Privado (sessão do Cairo, 1987) admite a liberdade de escolha entre a lei da nacionalidade e a lei do domicílio em matéria de regimes matrimoniais, efeitos pessoais do casamento, divórcio e separação judicial.

As supramencionadas Convenções da Haia encontraram reduzido acolhimento entre os Estados²⁸. Do ponto de vista de um Estado que adopta o princípio da nacionalidade e que integra o regime de bens ou a sucessão por morte no estatuto pessoal não se afigura coerente atribuir preferência à lei da residência habitual nestas matérias. Mas não será uma solução desta natureza adequada para todo o estatuto pessoal?

Como atrás foi assinalado, tanto a nacionalidade, como o domicílio ou a residência habitual são elementos de conexão que, em princípio, exprimem uma ligação estreita com a pessoa em causa e asseguram uma continuidade das qualidades e situações jurídicas do estatuto pessoal. Do ponto de vista da efectividade da ligação, porém, um domicílio diferente da residência habitual apresenta-se em clara desvantagem relativamente à nacionalidade e à residência habitual. Por conseguinte, poderá limitar-se uma apreciação sobre a conexão mais adequada às leis da nacionalidade e da residência habitual.

As principais razões para a preferência pela lei da nacionalidade são a maior estabilidade do elemento de conexão nacionalidade, a maior cer-

²⁵ *Infra* § 72.

²⁶ *Infra* § 72.

²⁷ Trata-se da escolha, por uma pessoa, do Direito aplicável ao conjunto da sua sucessão. Esta escolha só é eficaz se a pessoa, no momento da designação ou no momento do falecimento, possuía a nacionalidade deste Estado ou tinha aí a sua residência habitual.

²⁸ A Convenção de 1973 só está em vigor para três Estados (entre os quais Portugal); a Convenção de 1978 também só está em vigor para três Estados (entre os quais não se conta Portugal); e, a Convenção de 1989 não entrou em vigor, só tendo obtido a ratificação dos Países Baixos.

li-
o-
r
a
l
)
t
:

teza e facilidade na concretização deste elemento de conexão, o interesse político dos Estados de emigração e o princípio democrático.

É evidente que a residência habitual muda com maior frequência, e é mais fácil de mudar, que a nacionalidade. A nacionalidade assegura uma maior continuidade das qualidades e situações jurídicas do estatuto pessoal. E torna muito mais difícil a fraude à lei. Mas esta desvantagem da residência habitual pode ser muito atenuada, se não eliminada, mediante uma qualificação da residência habitual, como a que é feita pelas Convenções da Haia em matéria de sucessões por morte.

A nacionalidade deixa-se determinar com mais facilidade e certeza que a residência habitual²⁹. Esta vantagem ligada à segurança jurídica e à facilidade da administração da justiça não é, porém, decisiva, porque os valores formais não justificam o sacrifício de outras finalidades do Direito de Conflitos.

Os Estados de maior emigração estão naturalmente interessados em manter tanto quanto possível a sua ligação com os nacionais residentes no estrangeiro e a competência da lei da nacional é um instrumento que serve este propósito. Claro é que os Estados de maior imigração têm um interesse de sinal oposto na manutenção da coesão jurídica e na facilitação da administração da justiça, que aponta para a competência da lei da residência habitual. Com efeito, se estes Estados seguissem o princípio da nacionalidade, grande parte das relações que se estabelecem no seu território seria regulada por Direito estrangeiro e os seus tribunais seriam onerados pela aplicação constante do Direito estrangeiro. O peso que estes interesses tiveram na solução do problema é bem visível, quando se verifica que o princípio da nacionalidade foi adoptado pela grande maioria dos Estados que, tradicionalmente, eram Estados de emigração, e o princípio do domicílio pela grande maioria dos Estados de imigração.

Resta saber até que ponto é legítimo atribuir um peso decisivo a estes interesses na resolução do problema.

A nacionalidade pode não representar uma ligação efectiva com a pessoa em causa, e é precisamente isto que sucede em muitos casos de emigração. Por vezes os emigrantes desejam integrar-se tão rápido quanto possível na sociedade em que vivem e deixam de ter qualquer laço significativo com o Estado da nacionalidade. Nestes casos a competência da lei

²⁹ Ver LOUSSOUARN [1987: 323 e segs.].

da nacionalidade é contrária à ideia de conexão mais estreita e aos interesses das pessoas em causa.

Em contrapartida, é questionável, do ponto de vista de uma concepção democrática de sociedade, que um Estado tenha um interesse político na "assimilação" a qualquer preço dos imigrantes. Tende hoje a aceitar-se que é possível, e até desejável, numa sociedade politicamente organizada, a convivência de diferentes comunidades e culturas. Se os imigrantes se sentem mais ligados ao seu Estado de origem que ao país da residência habitual não se vê razão suficientemente forte para impor a competência do Direito da residência habitual. Com efeito, a facilitação na administração da justiça não deve prevalecer sobre a justiça da conexão e, designadamente, sobre a ideia de conexão mais estreita e o respeito da identidade cultural que decorre do princípio da personalidade³⁰.

Perante a inconclusividade das razões anteriormente expostas, parece que se há-de encontrar alhures a consideração decisiva para a opção entre a nacionalidade e a residência habitual. Residirá a consideração decisiva no princípio democrático? A participação política é exercida, a título exclusivo ou principal, no Estado da nacionalidade. A ligação existente com o Estado da nacionalidade é reforçada pela participação política, pela circunstância de as leis serem aí emanadas de órgãos cujos titulares foram directa ou indirectamente escolhidos pelos cidadãos nacionais.

Mas o princípio democrático já não justifica a competência do Direito de um Estado, a título de lei da nacionalidade, quando se trate de uma pessoa que reside habitualmente noutro Estado e também tem a nacionalidade deste Estado. E mesmo que não possa adquirir ou não tenha ainda adquirido a nacionalidade do Estado da residência habitual, a pessoa em causa pode querer integrar-se o mais possível na respectiva sociedade e não estar interessada na participação política no Estado da nacionalidade. Neste caso, invocar o seu direito de participação política no Estado da nacionalidade para justificar a competência do respectivo Direito é um argumento puramente formal.

Além disso a residência habitual apresenta algumas vantagens, ainda não mencionadas, relativamente à nacionalidade.

A competência internacional dos tribunais é frequentemente estabelecida com base no domicílio, razão por que, a admitir-se que por domicí-

³⁰ Ver também JAYME [1995: 172].

lio se entenda a residência habitual, a atribuição da competência à lei da residência habitual favorecerá a coincidência entre a competência legislativa e a competência jurisdicional. Por outras palavras, a competência da lei da residência habitual contribuirá para que os tribunais apliquem o Direito material do foro.

Outro argumento favorável à lei da residência habitual retira-se de o acesso a meios de informação e assistência jurídica ser mais fácil no Estado da residência habitual que no Estado da nacionalidade.

Mas estas vantagens também não são suficientemente significativas para que se justifique uma opção pela lei da residência habitual, posto que qualificada por determinada duração.

Será antes de concluir que tanto a lei da nacionalidade como a lei da residência habitual devem desempenhar um papel na definição do estatuto pessoal.

Esta articulação das duas conexões pode ser feita a dois níveis diferentes: na própria determinação da lei primariamente relevante, ou, depois de determinada esta lei, mediante a tomada em consideração da posição assumida pela lei que, embora não sendo a primariamente relevante, apresenta uma destas conexões com a pessoa em causa³¹.

De iure condendo, creio que se justificaria a articulação das duas conexões na determinação da lei primariamente relevante, com base em duas ideias fundamentais: a preferência de princípio pela lei da nacionalidade e a possibilidade de escolha pelo interessado da lei da residência habitual quando esta residência tiver durado cinco ou mais anos. Assim, a lei pessoal seria a da nacionalidade, a menos que o interessado, residindo habitualmente há cinco ou mais anos noutro Estado, tivesse designado o Direito deste Estado³².

Naturalmente que esta designação teria de ser sujeita a apropriados requisitos de publicidade, por forma a acautelar a posição de terceiros.

³¹ Ver FERRER CORREIA [1975: 131 e segs.].

³² Ver, a favor de uma autonomia conflitual limitada em matérias do estatuto pessoal, BASEDOW/DIEHL-LEISTNER [1988: 41], CARLIER [1992: 233 e segs.] e JAYME [1995: 148]. Em sentido convergente, Sixto SÁNCHEZ LORENZO – “Postmodernismo y Derecho Internacional Privado”, *REDI* 46: 557-585, 575 e, após a publicação da primeira edição da presente obra, MOURA VICENTE [2001: 141]. Cp. Nuno ASCENSÃO SILVA – *A Constituição da Adopção de Menores das Relações Privadas Internacionais: Alguns Aspectos*, Coimbra, 2000, 205 e segs.

Na actualidade, há pelo menos um sistema que se aproximou de uma solução deste tipo. Refiro-me ao Código belga de Direito Internacional Privado de 2004 que admite uma opção dos interessados entre a lei da nacionalidade e a lei da residência habitual em matéria de regimes matrimoniais (art. 49.º), divórcio (art. 55.º, incluindo a lei do foro), obrigação alimentar (art. 75.º/1) e sucessões por morte (art. 79.º).

Os restantes sistemas consultados estão divididos entre o princípio da nacionalidade, o princípio do domicílio ou soluções híbridas.

Enquanto não for possível uma unificação internacional do Direito de Conflitos nesta matéria, torna-se necessário atenuar os inconvenientes que advêm dos “conflitos de sistemas”, i.e., das diferentes posições assumidas, quanto ao Direito aplicável, pelos Direitos de Conflitos dos Estados em presença. Se o Estado da residência habitual submeter as matérias do estatuto pessoal à lei da residência habitual e o Estado da nacionalidade, pelo contrário, adoptar o princípio da nacionalidade, surge o risco de que as situações constituídas no Estado da residência habitual, segundo a sua lei, não sejam reconhecidas no Estado da nacionalidade.

Por exemplo, um casamento celebrado no Estado da residência habitual pode não ser reconhecido no Estado da nacionalidade porque os nubentes tinham capacidade matrimonial segundo a lei da residência habitual mas não segundo a lei da nacionalidade. Isto gera uma indesejável incerteza e instabilidade das situações jurídicas em matérias em que a certeza e estabilidade são especialmente importantes.

Daí a necessidade de tomar em conta a posição assumida pela lei da residência habitual, quando seja a lei da nacionalidade a primariamente competente, ou vice-versa. Esta tomada em consideração pode assumir diversas formas e alcance.

De modo geral, parece legítimo que as desvantagens que advêm para a certeza e estabilidade das situações jurídicas da divergência entre os Direitos de Conflitos dos Estados da nacionalidade e da residência habitual sejam compensadas por um reconhecimento das situações duradouras que se constituam validamente, no Estado da residência habitual, em conformidade com o seu Direito de Conflitos, mesmo que seja a lei da nacionalidade a primariamente competente e, inversamente, o reconhecimento das situações duradouras que se constituam validamente, no Estado da nacionalidade, em conformidade com o seu Direito de Conflitos, ainda que seja primariamente competente a lei da residência habitual.

Esta ideia de reconhecimento poderá ser alargada a situações consti-

tuídas num terceiro Estado, mas em conformidade com o Direito de Conflitos do Estado da residência habitual ou da nacionalidade, contanto que também tenham sido validamente constituídas do ponto de vista do Direito de Conflitos do Estado da constituição.

O legislador português seguiu *até certo ponto* este caminho (*infra* F).

O art. 25.º CC não contém uma norma de conflitos completa. Para determinar a lei pessoal é necessário conjugar esta proposição com outras disposições, designadamente as dos arts. 31.º/1 e 32.º CC. É nestas disposições que se encontra o elemento de conexão relevante.

O art. 31.º/1 CC consagra o *princípio da nacionalidade*: a lei pessoal é a da nacionalidade do indivíduo.

Mas este princípio é limitado pela relevância concedida à lei da residência habitual quanto aos negócios jurídicos celebrados, em conformidade com esta lei, no país da residência habitual (art. 31.º/2 CC). Antes de examinarmos melhor a *ratio* desta norma, bem como os problemas de interpretação ou aplicação analógica que suscita, importa estudar os casos em que a lei pessoal é individualizada por outro elemento conexão.

D) *Determinação da lei pessoal do apátrida*

O princípio da nacionalidade é inaplicável aos apátridas. Perante a falta de conteúdo concreto do elemento de conexão nacionalidade, o art. 32.º CC estabelece que a lei pessoal do apátrida é a do lugar onde ele tiver a sua residência habitual ou, sendo menor ou interdito, o seu domicílio legal (n.º 1); na falta de residência habitual recorre-se à lei da residência ocasional (n.º 2 e art. 82.º/2 CC).

Da conjugação dos arts. 31.º/1 e 32.º CC resulta uma conexão subsidiária. A lei pessoal é a da nacionalidade, na falta de nacionalidade, a da residência habitual e, na falta desta, a da residência ocasional.

A solução estabelecida na falta de residência habitual é criticável e contrária às exigências que a conexão deve satisfazer em matéria de estatuto pessoal. Seria preferível que se recorresse à lei do país com o qual o apátrida apresenta a conexão mais estreita (tendo especialmente em conta a sua inserção num determinado meio sócio-cultural).

No art. 32.º/1 coexistem dois elementos de conexão: a residência habitual e o domicílio legal. Esta coexistência pode gerar dificuldades em dois casos:

- o apátrida é maior segundo a lei da residência habitual mas há um Estado que o considera menor ou interdito e legalmente domiciliado no seu território;
- o apátrida é menor à face da lei da residência habitual e não há nenhum Estado que o considere menor e legalmente domiciliado.

Para a resolução destas dificuldades deve atender-se a duas considerações. Primeiro, a residência habitual exprime um laço mais significativo que o domicílio legal. Segundo, ajusta-se mal ao nosso sistema tratar como menor um apátrida que é maior à face da lei da residência habitual. Com efeito, o nosso sistema revela um certo favorecimento da maioria de no art. 29.º CC, adiante referido, e atribui grande importância à lei da residência habitual, não só como conexão subsidiária mas também como limite ao princípio da nacionalidade (nos termos do art. 31.º/2 CC).

Por conseguinte, deve entender-se que a segunda parte do art. 32.º/1 CC, que manda atender ao domicílio legal, só se aplica quando o apátrida for menor segundo a lei da residência habitual e houver um Estado que o considere simultaneamente menor e legalmente domiciliado³³.

De onde resulta o seguinte quadro de soluções.

Se o apátrida for maior segundo a lei da residência habitual pode sem mais concluir-se que é esta a sua lei pessoal.

Se o apátrida for considerado menor pela lei da residência habitual bem como pelo Estado onde se encontra legalmente domiciliado aplica-se a lei deste Estado.

Se o apátrida for menor segundo a lei da residência habitual e nenhum Estado o considerar simultaneamente menor e legalmente domiciliado aplica-se a lei da residência habitual.

O elemento de conexão domicílio legal concretiza-se *lege causae*, i.e., a questão de saber se uma pessoa está legalmente domiciliada num determinado Estado é resolvida pela lei deste Estado (*supra* § 30 B).

Assim, só é legítimo recorrer ao art. 85.º CC quando estiver em causa o domicílio legal em Portugal.

Nos termos do n.º 1 deste artigo, o menor tem domicílio no lugar da residência da família; se ela não existir tem por domicílio o do progenitor a cuja guarda estiver. Por força do n.º 3, o domicílio do menor sujeito a

³³ Ver ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1968: 58 e segs.].

tutela e do interdito é o do respectivo tutor. O n.º 5, por seu turno, estabelece que não são aplicáveis as regras dos números anteriores se delas resultar que o menor ou interdito não tem domicílio no território nacional. Neste caso há que recorrer às regras aplicáveis ao domicílio das pessoas capazes (art. 82.º, segundo o qual a pessoa tem domicílio no lugar da sua residência habitual). Assim sendo, considera-se legalmente domiciliado em Portugal o menor ou interdito que tenha aqui a sua residência habitual quando a família ou o progenitor a cuja guarda estiver ou o tutor forem domiciliados no estrangeiro.

E) *Determinação da lei pessoal do refugiado político*

Outro caso de irrelevância da nacionalidade como princípio do estatuto pessoal é o dos refugiados políticos.

Neste caso não se trata de uma dificuldade de concretização do elemento de conexão nacionalidade. Os refugiados políticos tanto podem ter uma nacionalidade como ser apátridas. Mas mesmo que o refugiado político não tenha perdido a nacionalidade do Estado contra o qual busca protecção no estrangeiro, este vínculo de nacionalidade perde significado, uma vez que a pessoa em causa se insurgiu contra a ordem política vigente no Estado da nacionalidade e procurou protecção noutros Estados³⁴.

A norma de conflitos relevante para a determinação do estatuto pessoal do refugiado político consta da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951).

Nos termos do art. 12.º desta Convenção, o estatuto pessoal do refugiado político é definido pela lei do domicílio e, na sua falta, pela lei da residência.

De onde resulta que com a aquisição do estatuto de refugiado político muda a sua lei pessoal (que até aí fora a lei da nacionalidade). Há uma sucessão de estatutos em que, de acordo com o estudado na Parte Geral (*supra* § 29 C), deve ser respeitado o princípio da continuidade das situações jurídicas. Este princípio encontra-se consagrado no art. 12.º/2 da Convenção, segundo o qual os “direitos precedentemente adquiridos pelo refugiado e resultantes do estatuto pessoal, e em particular os que resultam do casamento, serão respeitados por cada Estado contratante”.

³⁴ Ver ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1968: 33 e segs.].

F) *A relevância da lei da residência habitual nos termos do art. 31.º/2 CC*

O art. 31.º/2 CC contém um desvio ao princípio da nacionalidade em matéria de estatuto pessoal para reconhecer a validade de negócios jurídicos celebrados no país da residência habitual, em conformidade com a lei deste país, quando esta se considere competente.

São quatro os pressupostos de aplicação desta norma.

Primeiro, um negócio jurídico inválido segundo a lei pessoal.

Segundo, que o negócio jurídico seja celebrado no país da residência habitual do declarante.

Terceiro, que o negócio jurídico seja válido perante a lei da residência habitual.

Quarto, que a lei da residência habitual se considere competente.

Por exemplo, o testamento de mão comum celebrado por portugueses, residentes habitualmente nos EUA, segundo o Direito do Estado da sua residência.

É uma disposição inovadora do Código Civil de 1966 e de grande alcance.

Deve entender-se que o preceito se aplica não só aos negócios jurídicos do estatuto pessoal, mas também, analogicamente, aos outros actos jurídicos do estatuto pessoal³⁵. Assim, aplica-se aos casamentos, convenções antenupciais, a negócios jurídicos sucessórios como o testamento, à adopção e ao reconhecimento da filiação.

Já não são abrangidas as situações constituídas *ope legis*, por exemplo, os direitos dos herdeiros na sucessão legal³⁶.

Qual a *ratio* deste preceito é ponto controverso.

Num primeiro momento, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO referia-se ao respeito da competência reclamada pela lei da residência habitual e ao favor *negotii*.

³⁵ O preceito não se aplica à questão da capacidade relativamente a negócios que não pertençam ao estatuto pessoal – cf. FERRER CORREIA [1981: 254]; BAPTISTA MACHADO [1982: 175]; cp. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1970: 65 e segs.].

³⁶ Cf. FERRER CORREIA [1981: 256]. Id. [1983 n.º 17] defende que o preceito deve ser aplicado à constituição, modificação ou extinção de situações por decisão judicial, por exemplo o divórcio proferido no país da residência habitual segundo a lei da residência habitual. O autor tinha em vista a al. g) do art. 1096.º CPC (ver actualmente art. 1100.º/2 CPC).

FERRER CORREIA encontra a principal fonte inspiradora do preceito na ideia de *favor negotii* ou favor validitatis que conduziria a uma aplicação alternativa da lei da nacionalidade e da lei da residência habitual e na protecção da confiança que as partes investiram na validade do acto tendo em conta as leis em vigor e a prática corrente no país do domicílio. Para além disso, porém, o autor encontra aqui uma manifestação do princípio dos direitos adquiridos – que permitiria reconhecer todos os actos que sejam considerados eficazes pelo ordenamento da residência habitual – o que o leva a entender o preceito em termos muito amplos³⁷.

Neste sentido, FERRER CORREIA e BAPTISTA MACHADO defendem uma dita interpretação extensiva do art. 31.º/2 que permite salvar a validade do acto em três hipóteses que não estão contempladas na letra do preceito³⁸.

Primeiro, quando a situação se constituiu num terceiro país mas segundo a lei da residência habitual, sendo a situação reconhecida pela ordem jurídica do Estado da residência habitual e tendo-se tornado nele efectiva.

Segundo, quando a situação se tenha constituído segundo a lei de terceiro país, caso o Direito Internacional Privado do Estado da residência habitual também aplique esta lei.

Terceiro, quando a situação tenha sido constituída por decisão judicial proferida em terceiro país e reconhecida no Estado da residência habitual.

FERRER CORREIA defende ainda, com base numa analogia com o art. 31.º/2, o reconhecimento da partilha de uma herança realizada no país da situação dos bens imóveis, em conformidade com a respectiva lei e desde que esta se considere competente³⁹.

³⁷ Ver 1981: 253 e segs., 1987/1988: 133 e 2000: 389 e segs. Ver ainda Id. – “Homagem ao Doutor BAPTISTA MACHADO”, *RLJ* (1992) n.ºs 3820 e 3821, n.º 7. Em sentido convergente, MOURA RAMOS [1974: 215 e segs.] e “Linhas gerais da evolução do Direito Internacional Privado português posteriormente ao Código Civil de 1966”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, 501-547, Coimbra, 2006, 510 e seg.

³⁸ FERRER CORREIA [1981: 257 e segs. e 2000: 393 e seg.] e BAPTISTA MACHADO [1982: 176 e segs.]. No mesmo sentido, MOURA VICENTE [140 e seg.]. FERRER CORREIA [1981: 261 e 2000: 396 e seg.] exige, adicionalmente, que a situação constituída no país estrangeiro tenha nele desenvolvido (ou nalgum outro que a reconheça) – por tempo considerado razoável, tendo em conta a natureza da relação – os efeitos jurídicos que lhe são peculiares, ou pelo menos alguns deles.

³⁹ 1981: 255 e 2000: 390 e seg.

Este entendimento do art. 31.º/2 entra, porém, em contradição com o disposto nos n.ºs 1 e 2 do art. 17.º CC.

Com efeito, aplicar a lei de um terceiro país, para que remete a lei da residência habitual, quando esta não se considere competente, é contrário à valoração feita pelo legislador em sede de devolução: o legislador só admite a transmissão de competência quando a lei aplicável segundo o Direito Internacional Privado da lei referida pela norma de conflitos portuguesa se considere competente.

FERRER CORREIA defende que, no caso de reconhecimento de uma situação constituída no estrangeiro em conformidade com a lei de um país que não se considere competente, mas que é aplicada pelo Direito de Conflitos da residência habitual ou da nacionalidade, se deve aceitar a transmissão de competência. Tal resultaria, respectivamente, de uma interpretação extensiva e de uma aplicação analógica do art. 31.º/2. Isto implicaria uma restrição no domínio de aplicação da norma do art. 17.º/1, na parte em faz depender a transmissão de competência da aceitação de competência pela lei aplicável segundo o Direito Internacional Privado da lei referida pela norma de conflitos portuguesa.

Para além disso, se o facto de uma situação ser válida e eficaz perante o ordenamento da residência habitual é suficiente para o seu reconhecimento, como explicar que o n.º 2 do art. 17.º leve a negar o reconhecimento de uma situação constituída ao abrigo da lei designada pelo Direito de Conflitos da nacionalidade, quando o Direito de Conflitos da residência habitual aplica a lei nacional? Esta incoerência leva FERRER CORREIA e BAPTISTA MACHADO a defenderem uma dita interpretação restritiva do art. 17.º/2 decorrente de uma extensão analógica do art. 31.º/2, segundo a qual o art. 17.º/2 se não aplicaria ao reconhecimento de uma situação constituída no estrangeiro⁴⁰.

Esta doutrina merece-me reserva. As extensões do campo de aplicação do art. 31.º/2 por ela defendidas são verdadeiras aplicações analógicas. As restrições do domínio de aplicação do art. 17.º daí decorrentes também não são comportadas pelo seu sentido literal possível, constituindo, por isso, reduções teleológicas. Estas extensões analógicas têm de respeitar o Direito vigente, não parecendo metodologicamente correcto

⁴⁰ FERRER CORREIA [1981: 259 e 2000: 394 e seg.] e BAPTISTA MACHADO [1982: 177 e seg.].

que se pretenda fundamentar reduções teleológicas dos n.ºs 1 e 2 do art. 17.º numa extensão analógica do art. 31.º/2. Pelo contrário, é a aplicação analógica do art. 31.º/2 que deve ser limitada pela exigência de coerência com o sistema de devolução.

Creio que o preceito não pode ser visto como uma manifestação do princípio dos direitos adquiridos. A sua *ratio* reside simplesmente na preocupação de acautelar a continuidade das situações constituídas no país da residência habitual com base nas suas leis. É uma manifestação do princípio do *favor negotii* estreitamente ligada à protecção da confiança depositada pelos interessados na lei da residência habitual quanto aos actos aí praticados⁴¹.

Subjacente ao preceito estará também uma ponderação da intensidade dos contactos da situação com o Estado português e com o Estado da residência habitual, à luz da qual se torna compreensível que os interessados não tenham tomado em conta as normas de conflitos portuguesas. Com efeito, parece razoável que os interessados se tenham baseado no Direito de Conflitos do Estado onde têm residência habitual e em que praticam o acto.

Em minha opinião, a aplicação analógica do disposto no art. 31.º/2 será de admitir em dois casos.

Primeiro, quando a situação se constitui no país da residência habitual segundo outro Direito, que se considera competente e que é o aplicável segundo o Direito de Conflitos da residência habitual.

Neste caso exige-se que o Direito segundo a qual se constitui a situação seja aplicável segundo o Direito de Conflitos da residência habitual e se considere competente. Deste modo conforma-se a solução com a valoração feita pelo legislador em sede de devolução.

Segundo, será ainda de aplicar analogicamente o preceito quando a situação se constituiu em terceiro país e seja considerada válida tanto à face do Direito Internacional Privado da residência habitual como perante o Direito Internacional Privado do lugar da celebração.

Nesta hipótese exige-se que perante o Direito Internacional Privado quer da residência habitual quer do lugar da celebração a situação seja considerada válida. Com efeito, à luz da *ratio* do art. 31.º/2, a sua aplicação analógica só se justifica quando, simultaneamente, a situação seja

⁴¹ Cf. Comentário ao art. 2.º do Anteprojecto FERRER CORREIA de 1951, n.º 3.

válida perante a ordem jurídica da residência habitual e, na sua constituição, os interessados tenham depositado confiança no Direito local.

Já não se exige que o Direito aplicado seja o mesmo: é suficiente uma coincidência quanto ao resultado. Por exemplo, será de aplicar analogicamente o art. 31.º/2 quando dois portugueses residentes habitualmente no Brasil contraem casamento num Estado dos EUA e o casamento seja inválido segundo o Direito português mas válido segundo os Direitos brasileiro e americano. Isto apesar do Direito de Conflitos brasileiro considerar competente a lei da residência habitual e o Direito de Conflitos do Estado americano mandar aplicar a lei do lugar de celebração.

54. A personalidade. Início e termo da personalidade. Direitos de personalidade

A) *A personalidade. Início e termo*

A atribuição de personalidade jurídica é um direito fundamental de todos os seres humanos e o seu reconhecimento impõe-se aos Estados por força do Direito Internacional Público geral (cf. art. 6.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem)⁴².

Compreende-se assim que o Código Civil não contenha uma norma de conflitos sobre a existência da personalidade jurídica dos indivíduos, mas apenas sobre o início e o termo da personalidade jurídica. Nestes pontos registam-se importantes diferenças entre os sistemas jurídicos nacionais.

Nos termos do art. 26.º/1 CC o início e o termo da personalidade jurídica são fixados pela lei pessoal. Mas sendo a lei pessoal, em princípio, a lei da nacionalidade, como pode falar-se de lei pessoal quando não se sabe se existe ou não personalidade jurídica? A nacionalidade pressupõe a personalidade jurídica.

Este obstáculo lógico não é inultrapassável. Tem de se recorrer à lei pessoal hipotética ou presuntiva, i.e., a lei da nacionalidade que o indivíduo teria se tivesse personalidade.

⁴² Ver também MARQUES DOS SANTOS [1987: 241]. Ver ainda art. 16.º do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos de 1966.

Em todas as ordens jurídicas a morte determina a extinção da personalidade. Todavia, não só pode haver diferentes critérios para determinar a morte como, sobretudo, há divergências quanto aos efeitos da ausência na extinção da personalidade jurídica e quanto às presunções de sobrevivência em caso de falecimento simultâneo.

Os efeitos da ausência e as presunções de sobrevivência estão submetidos à lei pessoal.

Quando certo efeito jurídico depender da sobrevivência de uma pessoa relativamente a outra e estas tiverem leis pessoais diferentes, podemos deparar com presunções de sobrevivência inconciliáveis entre si. Por exemplo, se pai e filha morrem num acidente de viação, sem ser possível determinar quem morreu primeiro, interessa para efeitos sucessórios saber se se presume a sobrevivência da filha ou do pai. Caso tenham leis pessoais diferentes pode acontecer que uma dela presuma a sobrevivência da filha e a outra a sobrevivência do pai.

É um problema que não se deixa resolver pelo processo conflitual e, por isso, o legislador sentiu a necessidade de formular uma solução material complementar do Direito de Conflitos. Assim, o art. 26.º/2 CC remete para o art. 68.º/2 CC que estabelece uma presunção de comoriência, i.e., de falecimento simultâneo⁴³.

De um ponto de vista judiciário, a questão do início ou termo da personalidade jurídica suscita-se, geralmente, como questão prévia. O disposto no art. 26.º mostra claramente que o Direito aplicável a estas questões prévias é o determinado pelo Direito Internacional Privado do foro (conexão autónoma) e não pelo Direito Internacional Privado (ou pelo Direito material) da lei reguladora da questão principal.

B) *Direitos de personalidade*

Os direitos de personalidade são um dos domínios em que se tem registado uma evolução mais marcada quer ao nível do Direito material de fonte interna quer ao nível do Direito Internacional Público.

⁴³ A solução encontrada não passa pela formulação de uma regra material especial aplicável em quaisquer situações internacionais mas pela remissão para o Direito material comum. Não se trata por isso, em minha opinião, de uma norma material de Direito Internacional Privado.

A *protecção internacional* de um certo número de direitos de personalidade resulta hoje não só de Convenções internacionais em matéria de direitos fundamentais, mas também, ainda que mais limitadamente, do próprio Direito Internacional Público geral.

As Convenções internacionais em matéria de direitos fundamentais, que vigoram na ordem jurídica portuguesa, são uma importante fonte de Direito da personalidade.

São aqui de salientar o Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos (1966), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Roma, 1950)⁴⁴, a Convenção Europeia para a Protecção das Pessoas Relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal (Estrasburgo, 1981) e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (Nova Iorque, 1990).

O Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos consagra, entre outros, os seguintes direitos de personalidade: direito à vida (6.º); direito à integridade física (art. 7.º); direito à liberdade pessoal (arts. 8.º e segs.); direito à personalidade jurídica (art. 16.º); direito da criança às medidas de protecção de menores (art. 24.º/1); direito da criança a ser registada imediatamente depois do nascimento (art. 24.º/2); e, direito da criança a ter um nome (art. 24.º/2).

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, por seu turno, reconhece, entre outros, os seguintes direitos de personalidade: o direito à vida (art. 2.º), o direito à liberdade pessoal (arts. 4.º e 5.º) e o direito ao respeito da vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência (art. 8.º).

A Convenção Europeia para a Protecção das Pessoas Relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal destina-se a garantir, no território de cada Estado contratante, a todas as pessoas singulares o respeito dos seus direitos e liberdades fundamentais, e especialmente do seu direito à vida privada, face ao tratamento automatizado dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito (art. 1.º). O âmbito de aplicação da Convenção pode ser alargado, pelos Estados contratantes, a informações relativas a entes colectivos ou aos ficheiros de dados de carácter pessoal que não sejam objecto de tratamento automatizado (art. 3.º/2/b e c).

⁴⁴ Com diversos protocolos adicionais.

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança estabelece, designadamente, os seguintes direitos de personalidade da criança: o direito ao nome e o direito a ser educada pelos pais (art. 7.º); os direitos à intimidade, à honra e à reputação (art. 16.º).

Estas Convenções obrigam os Estados contratantes a assegurarem, na ordem interna, a protecção destes direitos de personalidade.

Estas Convenções podem ainda ser relevantes para a regulação directa e imediata de situações privadas *ao nível da ordem jurídica internacional* (*supra* § 5 A). É o que indiscutivelmente se verifica quando estas Convenções estabelecem jurisdições internacionais para a apreciação das violações dos direitos nelas consagrados, facultando o acesso de indivíduos a estas jurisdições. Está nestas condições o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem instituído pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, modificada por vários protocolos.

Além disso, tende-se a aceitar que o Direito Internacional Público geral assegura hoje a protecção directa de um certo núcleo irredutível de direitos fundamentais dos seres humanos, núcleo que é ampliado pelas Convenções internacionais nesta matéria, mesmo quando estas Convenções não facultem o acesso dos indivíduos a jurisdições internacionais⁴⁵. O limitado acesso dos indivíduos a instituições internacionais para a defesa destes direitos é então encarado como uma imperfeição do sistema, que tenderá a ser superada pela progressiva institucionalização da sociedade internacional⁴⁶.

Ao nível das ordens jurídicas estaduais, a par da tendência para o reconhecimento geral de um certo núcleo fundamental de direitos de personalidade, há significativas diferenças quanto à extensão e protecção destes direitos.

No Direito português, uma parte importante dos direitos de personalidade são direitos fundamentais consagrados na Constituição (arts. 24.º e segs.). O Código Civil dedica a secção que se inicia com o art. 70.º aos direitos de personalidade. Aí encontramos, além da protecção genérica da personalidade física ou moral, o direito ao nome, à imagem e à intimidade da vida privada, designadamente.

⁴⁵ Ver PIERRE-MARIE DUPUY – “L’individu et le droit international (Théorie des droits de l’homme et fondements du droit international)”, *Archives de philosophie du droit* 32 (1987) 119-133, 122 e segs.

⁴⁶ Ver Hermann MOSLER – “Subjects of International Law”, in *EPIL*, vol. VII, B.5.

O art. 27.º/1 CC estabelece que “Aos direitos de personalidade, no que respeita à sua existência e tutela e às restrições impostas ao seu exercício, é também aplicável a lei pessoal.”

Daqui decorre que a atribuição dos direitos, o seu conteúdo e as restrições impostas ao seu exercício são regidos pela lei pessoal.

Quanto à atribuição dos direitos, determina-se segundo a lei pessoal se existe um direito geral de personalidade e quais os direitos especiais de personalidade tutelados.

À questão de saber se é protegida a personalidade dos nascituros ou dos defuntos será aplicável, respectivamente, a lei pessoal presuntiva ou póstuma.

Embora o art. 27.º/1 atribua à lei pessoal a tutela do direito, deve entender-se que a tutela geral – responsabilidade civil por violação de direitos de personalidade – está submetida à lei reguladora da responsabilidade extracontratual⁴⁷.

Quanto às formas de tutela específica, é necessário ter em conta o disposto no n.º 2 do mesmo artigo, segundo o qual “O estrangeiro ou apátrida não goza, porém, de qualquer forma de tutela jurídica que não seja reconhecida na lei portuguesa”. Este preceito suscita algumas dúvidas de interpretação. Tem-se entendido que junto aos tribunais portugueses só poderão ser actuadas as formas de tutela específica (providências preventivas ou repressivas) que sejam admitidas quer pela lei pessoal estrangeira quer pela lei portuguesa⁴⁸, o que representa um caso de conexão cumulativa. Também já se defendeu tratar-se de uma norma de Direito dos Estrangeiros⁴⁹, o que conduz ao mesmo resultado prático.

Estes entendimentos não levam em linha de conta a delimitação entre questões processuais, que estão submetidas necessariamente à *lex fori*, e questões substantivas. O preceito pode ser entendido em conformidade com a reserva de competência da lei portuguesa, enquanto *lex fori*, em matéria processual. Nesta ordem de ideias a lei pessoal estrangeira decide sobre quais as pretensões que o interessado pode actuar, a lei portuguesa sobre quais os meios processuais por que estas pretensões podem ser actuadas. As leis em presença são, em princípio, de aplicação distributiva e não cumulativa embora, em resultado, possa acontecer que certas pre-

⁴⁷ Cf. BAPTISTA MACHADO [1982: 343].

⁴⁸ BAPTISTA MACHADO [loc. cit.] e CAPELO DE SOUSA [1995: 504].

⁴⁹ MARQUES DOS SANTOS [1987: 246 e seg.].

tensões fundadas na lei pessoal estrangeira não encontrem meio processual adequado para a sua actuação em tribunais portugueses.

Este raciocínio já não vale para as formas de autotutela. Estas formas de autotutela têm de ser concedidas pela lei pessoal estrangeira; quando envolvam a utilização de meios coercivos têm também de ser permitidas pela lei portuguesa, uma vez que a utilização de meios coercivos depende do Direito local⁵⁰.

No que se refere às restrições impostas ao exercício do direito, a competência da lei pessoal abrange tanto as restrições legais como a validade e efeitos das limitações voluntárias.

Há ainda a ter em conta duas leis avulsas, relevantes nesta matéria, que contêm normas de conexão *ad hoc* que definem a sua esfera de aplicação no espaço.

No que se refere ao *direito à integridade física* temos a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, sobre a colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana, modificada pela Lei n.º 22/2007, de 29 de Junho. Esta lei aplica-se “aplica-se aos actos que tenham por objecto a dádiva ou colheita de órgãos, tecidos e células de origem humana, para fins terapêuticos ou de transplante, bem como às próprias intervenções de transplante” (art. 1.º/1)⁵¹.

Nos termos do n.º 1 do art. 2.º, esta lei aplica-se não só aos cidadãos nacionais e aos apátridas residentes em Portugal mas também aos estrangeiros residentes em Portugal⁵².

Quanto ao *direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, releva a Lei da Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 26/10)⁵³.

⁵⁰ Salvo tratado internacional em sentido diferente.

⁵¹ A transfusão de sangue, a dádiva de óvulos e de esperma, a transferência e manipulação de embriões e a dádiva e a colheita de órgãos para fins de investigação científica são objecto de legislação especial (art. 1.º/2 e /3).

⁵² O n.º 2 confirma que, relativamente aos estrangeiros sem residência permanente em Portugal, o regime jurídico dos actos previstos no n.º 1 do artigo 1.º se rege pelo estatuto pessoal. O art. 6.º/6 contém uma norma de Direito material especial, segundo a qual a “dádiva e a colheita de órgãos ou tecidos não regeneráveis, que envolvam estrangeiros sem residência permanente em Portugal, só podem ser feitas mediante autorização judicial”.

⁵³ Que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º 95/46/CE, de 24/10, Relativa à Protecção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento dos Dados Pessoais e à Livre Circulação desses Dados. Sobre o problema da protecção de dados pessoais em Direito Internacional Privado ver FERNÁNDEZ ROZAS [1995: 70 e segs.].

Segundo o n.º 3 do artigo 4.º esta lei aplica-se ao tratamento de dados pessoais efectuado:

- “a) No âmbito das actividades de estabelecimento do responsável do tratamento situado em território português;
- “b) Fora do território nacional, em local onde a legislação portuguesa seja aplicável por força do direito internacional;
- “c) Por responsável que, não estando estabelecido no território da União Europeia, recorra, para tratamento de dados pessoais, a meios, automatizados ou não, situados no território português, salvo se esses meios só forem utilizados para trânsito através do território da União Europeia.”⁵⁴

Nos termos do n.º 4 do mesmo artigo a “lei aplica-se à videovigilância e outras formas de captação, tratamento e difusão de sons e imagens que permitam identificar pessoas sempre que o responsável pelo tratamento esteja domiciliado ou sediado em Portugal ou utilize um fornecedor de acesso a redes informáticas e telemáticas estabelecido em território português.”

A Lei da Protecção de Dados Pessoais contém ainda normas sobre a transferência internacional de dados pessoais.

Segundo o artigo 18.º “É livre a circulação de dados pessoais entre Estados membros da União Europeia, sem prejuízo do disposto nos actos comunitários de natureza fiscal e aduaneira.” Nos termos do art. 19.º, em princípio, “a transferência, para um Estado que não pertença à União Europeia, de dados pessoais que sejam objecto de tratamento ou que se destinem a sê-lo só pode realizar-se com o respeito das disposições da presente lei e se o Estado para onde são transferidos assegurar um nível de protecção adequado.” Mas este princípio admite desvios importantes que se encontram previstos no artigo seguinte. Creio que se trata de uma combinação de normas de Direito material especial com uma conexão cumulativa (inserida no art. 19.º).

Das normas de conexão *ad hoc* contidas nestas leis resulta a aplicação das suas normas materiais em matérias que, por dizerem respeito a direitos de personalidade de estrangeiros, são pelo Direito de Conflitos geral submetidas à lei estrangeira. Estas normas materiais são, por conseguinte, *susceptíveis de aplicação necessária*.

⁵⁴ Neste caso, por força do n.º 5 do mesmo artigo, o responsável pelo tratamento deve designar, mediante comunicação à Comissão Nacional de Protecção de Dados, um representante estabelecido em Portugal, que se lhe substitua em todos os seus direitos e obrigações, sem prejuízo da sua própria responsabilidade.

Em matéria de *direito ao nome* vigoram na ordem jurídica portuguesa duas Convenções internacionais da Comissão Internacional do Estado Civil (CIEC): a Convenção de Istambul Relativa a Alteração de Nomes Próprios e Apelidos (1958, CIEC n.º 4)⁵⁵ e a Convenção de Munique sobre a Lei Aplicável aos Nomes Próprios e Apelidos (1980, CIEC n.º 19)⁵⁶.

É a Convenção de Munique que contém o *Direito de Conflitos aplicável ao nome*. Esta Convenção tem carácter universal: aplica-se independentemente de conexão com um Estado contratante e mesmo que a lei designada seja a de um Estado não contratante (art. 2.º)⁵⁷.

Segundo o n.º 1 do art. 1.º o nome próprio e apelidos de uma pessoa são determinados pela lei do Estado de que é nacional⁵⁸. Esta remissão para a lei da nacionalidade deve ser entendida como uma referência global, que abrange o Direito de Conflitos desta lei⁵⁹.

O Direito da nacionalidade é aplicado a todas as questões relativas ao nome, designadamente aos nomes próprios que são admitidos e à determinação dos apelidos no registo de nascimento, à autorização de alterações do nome e aos efeitos sobre o nome da constituição ou extinção de relações familiares.

Contrariamente a uma doutrina muito divulgada, que submetia à lei reguladora da relação familiar os efeitos da sua constituição ou extinção sobre o nome⁶⁰, deve entender-se, perante a Convenção de Munique, que

⁵⁵ Aprovada para adesão pela Resol. AR n.º 5/84, de 16/2; depósito do instrumento de adesão em 4/6/84 (Av. de 13/7/84).

⁵⁶ Aprovada para adesão pela Resol. AR n.º 8/84, de 3/3; depósito do instrumento de adesão em 3/7/90 (Av. de 8/10/90); entrou em vigor para Portugal em 1/10/90.

⁵⁷ Cf. STRUYCKEN [1991: 577] e FERNÁNDEZ ROZAS [1995: 76].

⁵⁸ O n.º 1 do art. 6.º admite que os Estados contratantes reservem o direito de aplicar a sua lei interna desde que a pessoa a registar tenha residência habitual no seu território. O n.º 2 do art. 6.º acrescenta que, neste caso, a determinação do nome próprio e apelidos feita em conformidade com a lei da residência habitual só é válida para o Estado contratante que tenha feito a reserva. Esta reserva tem em vista os Estados que seguem o princípio do domicílio em matéria de estatuto pessoal. Não foi feita, naturalmente, por Portugal. Relativamente aos casos de plurinacionalidade ver ELSA DIAS OLIVEIRA – “Anotação” ao Ac. TCE de 2/10/2003, *Cadernos de Direito Privado* 6 (2004) 34, n.º 2.

⁵⁹ Cf. art. 1.º da Lei holandesa de 3/7/89; STRUYCKEN [1991: 577 e 582 e seg.]; DI BLASE [1995: 1030 e seg.]; ROOIJ/POLAK [1995: 138].

⁶⁰ Ver, entre nós, BAPTISTA MACHADO [1982: 344, 405 e 431].

estes efeitos são sempre regidos pela lei nacional da pessoa em causa⁶¹. O nome é sempre objecto de uma conexão autónoma.

Já as questões prévias suscitadas pela determinação do nome são submetidas a uma conexão subordinada⁶². Com efeito, de acordo com a 2.^a parte do n.º 1 do art. 1.º “as situações de que dependem o nome próprio e os apelidos são apreciadas de acordo com a lei deste Estado” (Estado da nacionalidade). Assim, por exemplo, se a propósito dos efeitos do casamento sobre o nome se suscitar a questão da validade do casamento, esta questão tem de ser resolvida com aplicação do Direito Internacional Privado da lei nacional da pessoa cujo nome está em causa (e não com base no Direito Internacional Privado do foro).

Garante-se assim a estabilidade do nome e a unidade da sua disciplina material, embora pagando o preço de divergências na apreciação das mesmas relações de família, conforme sejam ou não apreciadas no quadro de questões prévias suscitadas pelo nome.

O n.º 2 do art. 1.º contém uma norma sobre sucessão de estatutos, segundo a qual em caso de mudança de nacionalidade se aplicará a lei do Estado da nova nacionalidade⁶³. Serão designadamente aplicáveis as regras desta lei sobre os eventuais efeitos da mudança da nacionalidade sobre o nome⁶⁴.

Nos termos do n.º 1 do art. 5.º, quando “o funcionário do registo civil, ao lavrar o registo, não puder conhecer o direito aplicável à determinação do nome próprio e apelidos da pessoa a registar aplicará a sua lei interna...”. O funcionário do registo civil tem o dever de conhecer officiosamente o Direito estrangeiro aplicável (por aplicação analógica do art. 348.º/2 CC – *supra* § 46 D), e só em caso de real impossibilidade de apurar o conteúdo do Direito estrangeiro competente pode aplicar o Direito interno.

Será esta norma aplicável só em caso de impossibilidade de averiguar o conteúdo da lei da nacionalidade estrangeira ou também no caso dos apátridas? Parece que só é aplicável no primeiro caso. Deve entender-se que há uma lacuna relativamente aos apátridas que deve ser integrada por

⁶¹ Cf. STRUYCKEN [1991: 578 e segs.] e DI BLASE [1995: 1028 e seg.]. Cp. BALLARINO [1999: 346 e seg.].

⁶² Cf. STRUYCKEN [1991: 583 e seg.].

⁶³ Ver STRUYCKEN [1991: 584 e segs.].

⁶⁴ Expressamente neste sentido dispõe o art. 4.º/1 da Lei holandesa de 3/7/89.

aplicação das normas vigentes na ordem jurídica portuguesa⁶⁵. Por conseguinte, o nome dos apátridas é regulado pela lei da residência habitual (arts. 27.º/1 e 32.º/1 CC).

A Convenção contém ainda algumas regras de Direito material especial.

Segundo o art. 3.º as certidões de registo de nascimento devem indicar o nome próprio e apelidos do registado. Em caso de registo lavrado com base na lei interna, por causa de impossibilidade de conhecer o Direito aplicável, o funcionário de registo deverá informar a autoridade de que depende (art. 5.º/1 *in fine*) e o registo deve poder ser rectificado mediante processo gratuito (art. 5.º/2).

Nos *registos de nascimento efectuados em Portugal*, determina o art. 103.º/2 C. Reg. Civ. que devem ser indicados nomes próprios portugueses, de entre os constantes da onomástica nacional ou adaptados, gráfica e foneticamente, à língua portuguesa (a); no entanto, são admitidos nomes próprios estrangeiros sob a forma originária se o registando for estrangeiro, houver nascido no estrangeiro ou tiver outra nacionalidade além da portuguesa (b) e ainda se algum dos progenitores do registando for estrangeiro ou tiver outra nacionalidade além da portuguesa (c).

Como o nome do registando estrangeiro depende, por força da norma de conflitos anteriormente referida, do Direito da sua nacionalidade, a admissibilidade de nomes próprios estrangeiros sob a forma originária tem sentido útil para os registandos portugueses que se encontrem numa das situações descritas nas als. b) e c).

Há também que atender ao Regulamento da Nacionalidade Portuguesa (DL n.º 237-A/2006, de 14/12).

Relativamente à nacionalidade originária por efeito da vontade o art. 11.º determina:

“1 – Ao nome dos indivíduos a quem seja atribuída a nacionalidade portuguesa são aplicáveis as regras legais em vigor acerca da composição do nome, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

“2 – Sempre que assim o pretendam, aqueles a quem for atribuída a nacionalidade portuguesa podem manter a composição originária do seu nome.

⁶⁵ No mesmo sentido, perante o Direito italiano, DI BLASE [1995: 1031 n. 15].

“3 – No caso de atribuição de nacionalidade mediante declaração, o interessado deve indicar a composição que pretende adoptar para o nome, a qual é averbada ao assento de nascimento respectivo, já lavrado ou a lavrar por transcrição, sempre que o nome seja alterado.

“4 – Tratando-se de inscrição de nascimento atributiva da nacionalidade ou de assento de nacionalidade, deve mencionar-se no texto o novo nome e averbar-se a forma originária, quando demonstrada.”

Nos termos do art. 39.º, inserido na Secção I (Declarações para fins de nacionalidade e postos de atendimento) do Capítulo I do Título II do mesmo Regulamento:

“1 – Quem pretenda adquirir a nacionalidade portuguesa pode requerer o aportuguesamento dos elementos constitutivos do nome próprio, a conformação do nome completo com as regras legais portuguesas ou, se já tiver assento de nascimento lavrado no registo civil português com nome diverso daquele que usa, a adopção desse nome.

“2 – O aportuguesamento, por tradução ou adaptação, gráfica e fonética, à língua portuguesa dos nomes próprios de origem estrangeira deve obedecer às disposições legais aplicáveis aos nascidos no território português.

“3 – Se o aportuguesamento não for possível por tradução, ou a adaptação se mostrar inadequada, o interessado pode optar por um nome próprio português.

“4 – Se quem pretender adquirir a nacionalidade portuguesa usar vários nomes completos deve optar por um deles.

“5 – Sempre que o nome seja alterado, a nova composição é averbada ao assento de nascimento, se já lavrado ou a lavrar por transcrição e, tratando-se de assento a lavrar por inscrição ou de assento de nacionalidade, menciona-se no texto o novo nome e averba-se a forma originária.

“6 – Quando o registo de nacionalidade seja lavrado por averbamento, deve constar deste a nova composição do nome.”

Por aplicação dos princípios gerais, deve entender-se que os efeitos que as *decisões estrangeiras*, enquanto facto jurídico constitutivo do nome, produzirem na ordem jurídica chamada a título de lei pessoal, são reconhecidos na ordem jurídica portuguesa (*infra* § 97 A)⁶⁶.

⁶⁶ O mesmo entendimento é seguido em Itália, perante o art. 65.º da Lei italiana de Direito Internacional Privado – cf. DI BLASE [1995: 1033].

Quando à eficácia dessas decisões perante o registo civil português, há que distinguir conforme se trata ou não de decisões judiciais.

Os actos de registo lavrados no estrangeiro pelas autoridades estrangeiras competentes podem ingressar no registo civil nacional, em face dos documentos que os comprovem, de acordo com a respectiva lei e mediante a prova de que não contrariam os princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português (art. 6.º/1 C. Reg. Civ.). Se os actos respeitarem a estrangeiros, porém, o seu ingresso no registo apenas é permitido quando o requerente mostre legítimo interesse na transcrição (art. 6.º/4 C. Reg. Civ.). Não se exige, para o ingresso no registo civil português, que os actos sejam praticados pelas autoridades do Estado da nacionalidade, mas deve exigir-se que sejam actos eficazes perante a ordem jurídica do Estado da nacionalidade.

O registo de decisões judiciais estrangeiras depende de revisão e confirmação da sentença (art. 7.º C. Reg. Civ.) (*infra* § 97 A).

A Convenção de Istambul diz respeito à competência internacional de autoridades para autorizarem a alteração dos apelidos ou nomes próprios e ao reconhecimento de decisões que autorizem a sua alteração. A Convenção só se aplica a alterações do nome mediante autorização da autoridade pública competente (prevista no Direito português nos arts. 104.º/1 e 278.º e segs. C. Reg. Civil), e não às que resultam de uma modificação do estado das pessoas ou da rectificação de um erro (art. 1.º).

Nos termos do art. 2.º cada Estado contratante compromete-se a não autorizar alterações do nome a nacionais de outro Estado contratante, salvo se forem também seus nacionais⁶⁷.

As decisões definitivas proferidas pelas autoridades do Estado contratante da nacionalidade ou, no caso de apátridas ou refugiados políticos, do Estado contratante da sua residência, produzem os seus efeitos nos outros Estados contratantes, sendo, “sem mais formalidades, mencionadas à margem nos actos de registo de estado civil das pessoas a que respeitam” (art. 3.º). Os efeitos só não são reconhecidos se ofenderem a ordem pública do Estado de reconhecimento (art. 3.º/1).

No entanto, um Estado pode subordinar o reconhecimento dos efeitos da decisão que diga a respeito a pessoa que também era seu nacional no

⁶⁷ Deste preceito não resulta que só sejam competentes as autoridades do Estado da nacionalidade, porque o Estado contratante não assume quaisquer obrigações com respeito aos nacionais de Estados não contratantes.

momento em que a decisão se tornou definitiva a condições particulares de publicidade e a um direito de oposição (art. 5.º).

Quanto ao reconhecimento dos efeitos das decisões estrangeiras enquanto facto jurídico constitutivo do nome o regime de fonte interna é compatível com o regime convencional. Segundo o regime de fonte interna os efeitos de decisões estrangeiras que se produzam na ordem jurídica chamada a título de lei pessoal são reconhecidos, quer se trate ou não de decisões proferidas pelas autoridades do Estado da nacionalidade ou, no caso dos apátridas ou refugiados políticos, do Estado da residência⁶⁸. O disposto na Convenção obriga ao reconhecimento dos efeitos das decisões proferidas pelas autoridades deste Estado; já não parece impedir o reconhecimento dos efeitos de outras decisões, tanto mais quando se trata de efeitos que se produzem na ordem jurídica do Estado da nacionalidade ou, no caso dos apátridas e dos refugiados políticos, na ordem jurídica do Estado da residência habitual ou do domicílio.

No que toca aos efeitos das decisões estrangeiras perante o registo civil português, o regime de fonte interna também parece compatível com a Convenção quanto às decisões extrajudiciais. Já quanto às decisões judiciais, a Convenção vem introduzir um desvio ao regime de fonte interna, ao determinar o registo das decisões proferidas pelo Estado contratante da nacionalidade independentemente de declaração de executoriedade⁶⁹.

Ponto controverso é o da incidência do Tratado da Comunidade Europeia sobre o Direito Internacional Privado do nome. Esta controvérsia deve-se principalmente às decisões proferidas pelo TCE em 30/3/1993, no caso *Christos Konstantinidis*⁷⁰, em 2/10/2003, no caso *Carlos Garcia Avello*⁷¹, e em 14/8/2008, no caso *Grunkin-Paul*⁷².

Na decisão proferida no caso *Christos Konstantinidis* o TCE entendeu, com respeito à transcrição em caracteres latinos do nome de um nacional grego que se estabeleceu na Alemanha, que a regra vigente num Estado-Membro que obrigue o nacional de outro Estado-Membro a utilizar no exercício da sua profissão uma grafia do seu nome que não corresponde à transcrição fonética do nome pode constituir um entrave ao livre exercício

⁶⁸ Cf. STRUYCKEN [1991: 578]. Cp. DI BLASE [1995: 1034].

⁶⁹ Cf. FERNÁNDEZ ROZAS [1995: 83].

⁷⁰ CTCE (1993-I) 1214.

⁷¹ CTCE (2003-I) 11613. Com an. de Paul LAGARDE [*R. crit.* 93 (2004) 192] e ELSA DIAS OLIVEIRA [*Cadernos de Direito Privado* 6 (2004) 34], designadamente.

⁷² In <http://curia.europa.eu>.

do direito de estabelecimento incompatível com o art. 52.º do Tratado (actual art. 43.º). O Tribunal entendeu que isto se verificaria se a deturpação da “pronúncia” do nome expuser “o interessado ao risco de uma confusão de pessoas junto da sua potencial clientela”⁷³.

Sem entrar numa apreciação de mérito da decisão, importa assinalar que ela se estriba no carácter discriminatório da regra de Direito material especial aplicável⁷⁴ e, por conseguinte, não põe em causa o entendimento segundo o qual não decorrem do regime das liberdades comunitárias soluções conflituais e que o problema da compatibilidade de normas de Direito Internacional Privado dos Estados Membros com o Direito Comunitário originário só se coloca excepcionalmente com relação a certas normas discriminatórias dentro do âmbito de aplicação do Tratado da Comunidade Europeia (*supra* § 20 B)⁷⁵.

No caso *Garcia Avello* estava em causa o pedido de alteração do nome de duas crianças com dupla nacionalidade belga e espanhola, nascidas e residentes na Bélgica, no sentido de os seus apelidos serem compostos em conformidade com o Direito espanhol e com o registo feito no consulado de Espanha na Bélgica. As autoridades belgas indeferiram o pedido com base na competência do Direito belga para reger o nome das crianças. O TCE considerou que esta posição era incompatível com o princípio da não discriminação de nacionais de outros Estados-Membros (art. 12.º do Tratado da Comunidade Europeia), invocando também o art. 17.º do Tratado (cidadania comunitária)⁷⁶.

Esta decisão, embora se fundamente igualmente no princípio da não discriminação, suscita mais dúvidas⁷⁷, designadamente a questão de saber se apenas diz respeito à compatibilidade das normas materiais belgas com esse princípio⁷⁸, ou antes consagra uma opção do plurinacional (ou dos

⁷³ Ver, designadamente, Rui MOURA RAMOS – “O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a regulamentação do direito ao nome nas relações privadas internacionais”, in *Est. Marques dos Santos*, vol. I, 607-635, Coimbra, 2005, 617 e segs.; Dieter HENRICH – “Das internationale Namensrecht auf dem Prüfstand des EuGH”, in *FS Andreas Heldrich*, 667-677, Munique, 2005, 668 e segs.

⁷⁴ N.os 12-13.

⁷⁵ Ver também MOURA RAMOS, op. cit., 633-634.

⁷⁶ Ver MOURA RAMOS, op. cit., 620 e segs.

⁷⁷ Ver LAGARDE, op. cit., 198 e segs.

⁷⁸ Como entende MOURA RAMOS, op. cit., 629 e segs.

seus pais) quanto à lei nacional aplicável à composição do seu nome⁷⁹ ou o direito de o plurinacional utilizar todos os nomes que lhe conferem as suas diferentes leis nacionais⁸⁰.

Em minha opinião, a decisão vem estabelecer um limite à actuação de regras de Direito Internacional Privado dos Estados-Membros em matéria de nome que não têm carácter discriminatório e tem, por isso, uma incidência injustificada sobre o próprio Direito Internacional Privado⁸¹. As soluções para os problemas suscitados pela determinação do nome em situações deste tipo, que têm sido desenvolvidas pela Comissão Internacional do Estado Civil (CIEC), apontam em sentido muito diverso⁸².

Acresce que, embora a fundamentação da decisão aluda ao art. 18.º do Tratado (liberdade de circulação dos cidadãos comunitários)⁸³, não resulta claro que estivesse em causa, directa ou indirectamente, o exercício de qualquer liberdade comunitária⁸⁴, sendo também por esta razão questionável que se pudesse invocar o princípio da não discriminação enunciado no art. 12.º do Tratado⁸⁵.

⁷⁹ Como sugerem RIGAUX/FALLON [2005: 511-512] e HENRICH, op. cit. 673. Ver ainda Michael BOGDAN – “The impact of the E.C. Treaty on the surnames of migrating European citizens”, in *Obra Homenaje González Campos*, vol. II, 1277-1286, Madrid, 2005, 1282 e segs.

⁸⁰ Hipótese referida por MAYER/HEUZÉ [2007: 633].

⁸¹ O TCE entendeu que a discriminação resultaria de o Direito belga tratar as pessoas que possuem a nacionalidade belga juntamente com a de outro Estado-Membro da mesma maneira que as pessoas que possuem unicamente a nacionalidade belga [n.º 32]. O Tribunal não põe em causa explicitamente as regras belgas de Direito Internacional Privado, mas a “prática administrativa” das autoridades belgas [n.ºs 33 e segs.]. Mas esta prática administrativa fundamenta-se em regras de Direito Internacional Privado. Por outro lado, a identidade de tratamento de situações diferentes é objectivamente justificada pelo princípio da prevalência da nacionalidade do Estado do foro em caso de concurso com outra nacionalidade – ver *supra* § 29 C.

⁸² Ver LAGARDE, op. cit., II.D.

⁸³ N.ºs 24-25.

⁸⁴ O acórdão apenas refere, no n.º 36, que “esta situação de diversidade de apelidos de família é susceptível de criar aos interessados sérios inconvenientes de ordem profissional e privada, resultantes, nomeadamente, das dificuldades em gozar, num Estado-Membro cuja nacionalidade possuem, os efeitos jurídicos de actos ou de documentos elaborados sob o apelido reconhecido noutro Estado-Membro cuja nacionalidade também possuem”. Cp. as alegações do Governo neerlandês referidas no n.º 40.

⁸⁵ Ver LAGARDE, op. cit., 197-199, e Christian KOHLER – “Verständigungsschwierigkeiten zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und internationalem Privatrecht”,

Enfim, no caso *Grunkin-Paul* estava em causa a recusa das autoridades alemãs em reconhecer o duplo apelido com que um nacional alemão tinha sido registado no país de nascimento e da sua residência habitual (Dinamarca), ao abrigo da lei dinamarquesa, por entenderem que era competente a lei alemã e que esta não admite que o nome do filho seja composto com os apelidos de ambos os progenitores.

O TCE reconhece que não está em causa o princípio da não-discriminação uma vez que sendo tanto o menor como os seus pais de nacionalidade alemã, “a determinação do nome do menor, na Alemanha, de acordo com a lei alemã, não pode constituir uma discriminação em razão da nacionalidade”⁸⁶. Mas entende que “o facto de ser obrigado a usar, no Estado-Membro de que o interessado tem a nacionalidade, um nome diferente do que foi atribuído e registado no Estado-Membro de nascimento e residência pode entrar em conflito com o exercício do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros”, consagrado no art. 18.º do Tratado da Comunidade Europeia.

Referindo o acórdão *Garcia Avello*, o tribunal afirma que a diversidade de apelidos pode causar sérios inconvenientes aos interessados e que é irrelevante que a diversidade de apelidos seja consequência da dupla nacionalidade dos interessados, ou do facto de, no Estado de nascimento e de residência, a determinação do nome estar ligada à residência, enquanto, no Estado da nacionalidade, está ligada à nacionalidade⁸⁷.

in *FS Erik Jayme*, vol. I, 445-459, 2004, Munique, 456. Ver ainda STEFANIA BARIATTI [2003: 702 e segs.].

⁸⁶ N.º 19.

⁸⁷ N.os 23-24.

Como sérios inconvenientes o TCE, louvando-se nas observações da Comissão, refere que “muitos actos da vida quotidiana, tanto no domínio público como no domínio privado, exigem a prova da identidade, prova essa normalmente feita com o passaporte. Uma vez que o menor Leonhard Matthias apenas tem a nacionalidade alemã, a emissão desse documento é da exclusiva competência das autoridades alemãs. Ora, no caso de recusarem o reconhecimento do apelido determinado e registado na Dinamarca, essas autoridades entregarão ao menor um passaporte com um nome diferente daquele que recebeu neste último Estado-Membro” (n.º 25). “Por conseguinte, sempre que o interessado tiver de fazer prova da sua identidade na Dinamarca, Estado-Membro onde nasceu e reside desde essa data, pode ter de dissipar dúvidas sobre essa identidade e afastar suspeitas de falsas declarações suscitadas pela divergência entre, por um lado, o nome que utiliza desde sempre na vida quotidiana e que consta dos registos das autoridades dinamarquesas e de todos os documentos oficiais que lhe dizem respeito na Dinamarca, como, por exemplo, o

Este alegado entrave à livre circulação só se poderia justificar com base em considerações objectivas e se fosse proporcionado ao objectivo legitimamente prosseguido. O TCE entendeu que as razões que fundamentam a competência da lei da nacionalidade em matéria de nome não justificam em circunstâncias como as do caso a recusa de as autoridade competentes de um Estado-Membro reconhecerem o apelido de um menor, tal como foi determinado e registado noutra Estado-Membro onde esse menor nasceu e reside desde essa data⁸⁸.

Esta decisão torna claro que não está em causa apenas a aplicação das normas materiais do Estado da nacionalidade, mas um limite à actuação da norma de conflitos reguladora do nome e que este limite não se limita aos casos de plurinacionalidade. A decisão parece consagrar uma opção dos pais do menor quanto à lei aplicável à composição do nome entre a lei da nacionalidade e a lei do Estado de nascimento e residência⁸⁹.

De resto, as críticas anteriormente formuladas com respeito à decisão *Garcia Avello* também procedem relativamente a esta nova decisão. Os problemas gerados pelos conflitos de sistemas de Direito de Conflitos em matéria de nome devem ser resolvidos por instrumentos específicos de Direito Internacional Privado e não por meio de limitações casuísticas à actuação do Direito de Conflitos dos Estados-Membros que vêm suscitar novos problemas e incertezas.

assento de nascimento, e, por outro, o nome que consta do seu passaporte alemão" (n.º 26). "Além disso, o número de documentos, nomeadamente certidões, certificados e diplomas que revelam uma divergência quanto ao apelido do interessado tem tendência a aumentar ao longo dos anos, na medida em que o menor se encontra em estreita relação tanto com a Dinamarca como com a Alemanha. Com efeito, resulta dos autos que o menor, embora vivendo principalmente com a mãe na Dinamarca, passa regularmente períodos na Alemanha para estar com o pai, que aí se instalou após o divórcio" (n. 27).

⁸⁸ N.ºs 29-31.

⁸⁹ Ao mesmo resultado poderia conduzir, perante o Direito Internacional Privado português, a aplicação analógica do disposto no art. 31.º/2 CC. Mas, como vimos, esta matéria é regida por Direito de Conflitos de fonte internacional e não pelo Direito de Conflitos de fonte interna.

55. O estado e a capacidade. Os institutos de protecção dos incapazes

A) O estado e a capacidade

De entre as matérias regidas pela lei pessoal o art. 25.º CC começa por mencionar o “estado dos indivíduos” e a “capacidade das pessoas”. Estado é a qualidade que afecta a totalidade da esfera jurídica do indivíduo, ou um sector importante dela, condicionando a atribuição a essa pessoa de um conjunto pré-determinado de poderes e deveres (incluindo a extensão da capacidade).

Por exemplo, os estados de maior ou emancipado, de casado e de separado de pessoa e bens.

O estado pode resultar de uma relação jurídica, designadamente de uma relação familiar (por exemplo, o estado de casado ou de separado de pessoa e bens). Porquanto existem normas de conflitos especiais para as relações de família, a norma geral que resulta da conjugação dos arts. 25.º, 31.º/1 e 32.º CC não é, em princípio, aplicável aos estados de família.

O estado também pode ser determinado por circunstâncias puramente individuais (por exemplo, o estado de maior ou emancipado). Uma vez que a capacidade e os direitos de personalidade são autonomizados, é muito reduzido o alcance que pode ser atribuído ao conceito de “estado dos indivíduos” empregue no art. 25.º⁹⁰.

Por “capacidade das pessoas” entende-se quer a capacidade genérica de gozo quer a capacidade genérica de exercício.

Já não é abrangida pelo art. 25.º a capacidade específica de gozo e de exercício, nem figuras afins, como a legitimidade e a disponibilidade.

A capacidade para contrair casamento e a capacidade testamentária são objecto de normas de conflitos autónomas (arts. 49.º e 63.º CC).

Na falta de solução autónoma, as questões relativas à capacidade específica, legitimidade ou disponibilidade estão submetidas à lei reguladora das relações ou situações jurídicas a que dizem respeito. Esta lei pode ser ou não a lei pessoal.

Vejamos alguns exemplos.

A capacidade sucessória está submetida ao Direito regulador da sucessão (art. 62.º CC).

⁹⁰ FERRER CORREIA [1975: 164 n. 1] refere a possibilidade de incluir aí o direito ao uso de títulos honoríficos e nobiliárquicos.

As incapacidades específicas emergentes do casamento estão submetidas ao Direito regulador das relações entre os cônjuges (art. 52.º CC, em princípio); o mesmo se diga da legitimidade dos cônjuges para a alienação de bens (regulada pelo Direito português nos arts. 1682.º e 1682.º-A CC).

A exigência de consentimento dos outros filhos ou netos, na venda a filhos ou netos (feita pelo Direito português no art. 877.º CC) depende do Direito regulador das relações entre pais e filhos (art. 57. CC.º).

A proibição de disposição testamentária a favor de determinadas pessoas (estabelecida pelo Direito português nos arts. 2192.º e segs. CC) depende do Direito regulador da sucessão (art. 62.º CC).

A legitimidade para dispor de um direito real está submetida, quanto à titularidade do mesmo, à lei reguladora do direito real (art. 46.º CC), e, quanto à validade de um negócio de disposição de coisa alheia, e às obrigações daí provenientes, à lei da substância do negócio.

A “capacidade comercial” está submetida à lei pessoal, salvo na medida em que uma lei pessoal estrangeira seja contrária a Direito público português (art. 12.º C. Com.).

Enfim, pertence ao Direito regulador dos aspectos substantivos da falência (*infra* § 69 E) determinar a inibição do falido ou insolvente para dispor dos bens abrangidos no património em liquidação.

Os elementos de conexão relevantes para a determinação da lei pessoal são móveis e, por isso, podem suscitar-se problemas de sucessão de estatutos. Estes problemas devem ser resolvidos por aplicação dos critérios gerais que foram estudados a propósito da concretização no tempo do elemento de conexão (*supra* § 29 C).

Segundo o critério geral sobre a determinação do momento relevante da conexão, a capacidade para a prática de um acto jurídico deve ser apreciada à face da lei pessoal do sujeito ao tempo da prática do acto.

Se a pessoa é maior à face da sua lei pessoal no momento da prática do acto é irrelevante que à face da lei pessoal anterior seja ainda considerada menor.

Mas já pode suscitar dúvidas a resolução do caso inverso, em que uma pessoa, depois de atingir a maioridade face à sua lei pessoal, mude de lei pessoal, sendo considerada menor face à nova lei pessoal⁹¹. Após a mudança de lei pessoal esta pessoa continuará a ser tratada como maior ou passará a ser considerada menor?

⁹¹ Ver ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1970: 47 e segs.].

Em minha opinião, dos critérios gerais aplicáveis à sucessão de estatutos decorreria que a pessoa continua a ser tratada como maior. Com efeito, a maioria é um efeito jurídico já produzido ao abrigo do estatuto anterior e, de acordo com o princípio da continuidade, o estado assim adquirido não deve ser posto em causa pelo novo estatuto.

Como quer que seja, o art. 29.º CC veio resolver expressamente o problema neste sentido, através de uma norma material de sucessão de estatutos. Segundo este preceito “a mudança de lei pessoal não prejudica a maioria adquirida segundo a lei pessoal anterior”.

B) *Institutos de protecção dos incapazes*

Podemos distinguir, de entre os institutos de protecção dos incapazes, os que se referem à protecção de menores (designadamente a responsabilidade parental e a administração de bens do menor no caso previsto no art. 1922.º CC) e os que respeitam à protecção de incapazes maiores (designadamente a tutela dos interditos e a curatela dos inabilitados).

Quanto à protecção dos menores vigoram na ordem jurídica portuguesa duas Convenções da Haia: a Convenção para Regular a Tutela dos Menores (1902) e a Convenção Relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Protecção de Menores (1961). Portugal também já aprovou a Convenção da Haia Relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Protecção das Crianças (1996), sendo de contar com a sua entrada em vigor na ordem jurídica portuguesa a muito breve trecho⁹².

No que toca à protecção de incapazes maiores vigora na ordem jurídica portuguesa a Convenção da Haia Relativa à Interdição e às Providências de Protecção Análogas (1905).

Fora do âmbito de aplicação destas Convenções actua o Direito de Conflitos de fonte interna.

O art. 30.º CC estabelece que à “tutela e institutos análogos de protecção aos incapazes é aplicável a lei pessoal do incapaz.”

⁹² Ver art. 61.º/2/a da Convenção.

O Anteprojecto de 1951 continha um preceito, decalcado do art. 21.º das Disposições Preliminares do Código Civil italiano⁹³, que se referia à “tutela e outros institutos de protecção dos incapazes”. Preceito semelhante constava do Anteprojecto de 1964⁹⁴. O legislador do Código Civil, porém, preferiu uma formulação mais restritiva: “tutela e institutos análogos”. A responsabilidade parental não é um instituto análogo à tutela e, por conseguinte, não pode considerar-se regulada pela norma de conflitos do art. 30.º⁹⁵.

A responsabilidade parental é naturalmente uma matéria do estatuto pessoal, que pode reconduzir-se ao conceito de “relações de família” empregue no art. 25.º CC. Na falta de regimes supraestaduais, deveria entender-se que a responsabilidade parental é regulada pelas normas de conflitos que constam dos arts. 57.º CC (relações entre pais e filhos) e 60.º/3 CC (relações entre adoptante e adoptado)⁹⁶. A ideia orientadora, nestes preceitos, é a de, na medida do possível, regular a sociedade familiar por uma lei única. A inclusão da responsabilidade parental no âmbito de aplicação destes preceitos conforma-se inteiramente com essa ideia orientadora. Diferente é a solução que decorre dos regimes convencionais, como adiante se verá.

O art. 30.º não estabelece qualquer distinção entre os institutos de protecção de menores e os destinados à protecção de outros incapazes. A todos é aplicável a lei pessoal do incapaz. Mas esta distinção já tem de traçar-se perante as Convenções internacionais vigentes na matéria.

Quanto à *protecção de menores* importa fundamentalmente conhecer os regimes estabelecidos pelas Convenções da Haia de 1961 e 1996.

A Convenção da Haia para Regular a Tutela dos Menores (1902) aplica-se à tutela de menores que forem nacionais de um Estado contratante e tiverem a sua residência habitual no território de um Estado contratante (art. 9.º/1).

A tutela é em princípio regulada pela lei nacional do menor (arts. 1.º e 2.º). No entanto, a tutela de menor com residência habitual no estrangeiro poderá ser estabelecida e exercida segundo a lei da residência habitual se não for ou não puder ser constituída segundo a lei nacional (art. 3.º).

⁹³ Cf. art. 17.º in FERRER CORREIA/FERREIRA PINTO – *Direito Internacional Privado. Leis e Projectos de Leis. Convenções Internacionais*, Coimbra, 1988, 44.

⁹⁴ Art. 17.º.

⁹⁵ Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1972: 3].

⁹⁶ Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [loc. cit.] e BAPTISTA MACHADO [1982: 432].

A Convenção estabelece ainda diversas disposições que se destinam a assegurar uma cooperação entre as autoridades do Estado da nacionalidade, da residência habitual e do paradeiro do menor.

A aplicação desta Convenção suscitou dificuldades, designadamente no caso *Boll*, que opôs a Suécia à Holanda e foi apreciado pelo TIJ. Em 1958, as autoridades suecas aplicaram uma medida de “educação de protecção” a uma menor de nacionalidade holandesa, residente na Suécia. Esta medida de protecção de menores fora introduzida no Direito sueco depois da adesão da Suécia, como medida de carácter administrativo, que coexistia com a tutela tradicional de direito privado. As autoridades dos Países Baixos entenderam que a Suécia tinha violado a convenção ao ter organizado a tutela de uma menor holandesa sem respeito pela lei nacional dela e sem consultar as autoridades do Estado da sua nacionalidade. Pelo contrário, a Suécia defendeu que as medidas de carácter administrativo tomadas pelas suas autoridades não configuravam uma tutela tal como esta era entendida em 1902, pelo que a sua aplicação não estava prevista na convenção.

O TIJ decidiu a favor dos Países Baixos. Mas o conflito contribuiu para a revisão do regime convencional que conduziu à Convenção Relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Protecção de Menores (1961). A Convenção de 1902 tem hoje um âmbito de aplicação diminuto⁹⁷, tendo sido substituída pela Convenção de 1961, nas relações entre os Estados contratantes desta Convenção (art. 18.º), e pela Convenção de 1996, nas relações entre os Estados contratantes desta Convenção (art. 51.º).

A *Convenção Relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Protecção de Menores (1961)* não se reporta, como a Convenção de 1902, à “tutela de menores”, mas às medidas de protecção do menor ou dos seus bens. O que engloba, além da tutela, a atribuição da responsabilidade parental em caso de divórcio, separação judicial e declaração de nulidade ou anulação do casamento; a instituição da administração dos bens do menor; a confiança do menor a um estabelecimento de assistência pública; e, todas as outras formas de intervenção das autoridades judiciais ou administrativas para protecção do menor.

A Convenção de 1961 aplica-se a todos os menores que têm a sua residência habitual num dos Estados contratantes (art. 13.º/1)⁹⁸.

⁹⁷ Tanto quanto tenho notícia, só vigora nas relações com a Bélgica e a Roménia.

⁹⁸ Mas as competências atribuídas às autoridades do Estado da nacionalidade do menor ficam reservadas aos Estados contratantes (art. 13.º/2). Cada Estado contratante pode reservar-se o direito de limitar a aplicação desta Convenção as menores que são nacionais de um dos Estados contratantes (art. 13.º/3). Portugal não fez esta reserva.

Considera-se menor aquele que tem esta qualidade cumulativamente perante a lei nacional e a lei da residência habitual (art. 12.º).

A ideia orientadora do regime convencional é a do favorecimento da protecção do menor. De acordo com esta ideia, a Convenção admite que as medidas de protecção do menor possam ser tomadas não só pelas autoridades do Estado da nacionalidade, segundo a sua lei, mas também pelas autoridades do Estado da residência habitual, segundo a sua lei. Acresce que em casos de urgência as autoridades do Estado do paradeiro do menor ou dos seus bens podem igualmente tomar medidas de protecção provisórias.

A Convenção de 1961 operou uma viragem relativamente à Convenção de 1902 ao estabelecer não somente a competência das autoridades da residência habitual para decretar medidas de protecção (art. 1.º), mas também que estas medidas são decretadas segundo a lei da residência habitual (art. 2.º).

A Convenção também atribui um papel importante à lei da nacionalidade do menor.

Para compreender este papel é importante ter em conta a distinção entre medidas de protecção decretadas por autoridades (quer judiciais quer administrativas), e seus efeitos, por um lado, e relações de autoridade estabelecidas *ex lege*, por outro. A tradução portuguesa dificulta a compreensão deste ponto, porque no art. 3.º, onde na versão francesa se lê "*rapport d'autorité*" lê-se na versão portuguesa "regimes jurídicos".

Por força do art. 3.º, são reconhecidas em todos os Estados contratantes as relações de autoridade estabelecidas pela lei interna do Estado da nacionalidade do menor. Segundo o melhor entendimento, este preceito submete as relações de autoridade estabelecidas *ex lege* – incluindo a *responsabilidade parental* – à lei da nacionalidade do menor⁹⁹.

As autoridades do Estado da nacionalidade do menor também podem decretar medidas de protecção segundo o Direito deste Estado, depois de terem informado as autoridades do Estado da residência habitual (art. 4.º/1). Estas medidas substituem as medidas eventualmente tomadas pelas autoridades do Estado da residência habitual do menor (art. 4.º/4).

⁹⁹ Ver ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1972: 9], KEGEL/SCHURIG [2004: 933 e seg.] e BATIFFOL/LAGARDE [1983: 149 e seg.]. Sobre as dúvidas suscitadas pela interpretação do preceito ver LAGARDE [1997: 220] e CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ [2008: 298].

Pode, por isso, dizer-se que o Estado da nacionalidade tem a última palavra, embora, na prática, fique colocado em segundo plano relativamente ao Estado da residência habitual¹⁰⁰.

Mesmo que as autoridades do Estado da nacionalidade tenham exercido a sua competência na matéria, as autoridades do Estado da residência habitual do menor podem sempre decretar medidas de protecção desde que o menor esteja ameaçado de um perigo sério na sua pessoa ou nos seus bens (art. 8.º/1). As autoridades dos outros Estados contratantes não são obrigadas a reconhecer estas medidas (art. 8.º/2).

Em todos os casos de urgência as autoridades de qualquer Estado contratante em cujo território se encontra o menor ou bens que lhe pertençam podem tomar as medidas de protecção necessárias (art. 9.º/1). Como a Convenção não indica o Direito aplicável a estas medidas pertencerá ao Direito Internacional Privado do Estado em causa determiná-lo¹⁰¹. Estas medidas são provisórias, cessando a sua eficácia, sob reserva dos efeitos definitivos que produzem, a partir do momento em que intervierem as autoridades internacionalmente competentes segundo a Convenção (art. 9.º/2).

Além do exposto, a Convenção preocupa-se em assegurar a cooperação entre as autoridades dos diferentes Estados envolvidos nos termos dos arts. 6.º e 10.º.

São partes desta Convenção diversos países europeus para onde se dirigiu a emigração portuguesa¹⁰². Daí que esta Convenção tenha tido grande alcance prático. Mas este alcance foi muito restringido pela entrada em vigor do *Reg. (CE) n.º 2201/2003, de 27/11, Relativo à Competência, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Matrimonial e em Matéria de Responsabilidade Parental* (doravante designado Regulamento Bruxelas II bis) adiante referido.

Em 1996, a Conferência da Haia adoptou uma nova Convenção nesta matéria: a *Convenção da Haia Relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Respon-*

¹⁰⁰ Cf. KEGEL/SCHURIG [2004: 936].

¹⁰¹ Cf. KEGEL/SCHURIG [2004: 937].

¹⁰² São partes nesta Convenção, além de Portugal, os seguintes países: Alemanha, Áustria, Espanha, França, Itália, Luxemburgo, Macau (República Popular da China), Letónia, Países Baixos, Polónia, Suíça e Turquia.

sabilidade Parental e Medidas de Protecção das Crianças¹⁰³. Esta Convenção já se encontra internacionalmente em vigor.

A Decisão do Conselho da União Europeia de 19 de Dezembro de 2002 autorizou os Estados-Membros a assinarem esta Convenção¹⁰⁴. Posteriormente, A decisão do Conselho de 5 de Junho de 2008 autorizou certos Estados-Membros, incluindo Portugal, a ratificar ou aderir, no interesse da Comunidade Europeia, à Convenção¹⁰⁵. Nos termos do art. 3.º/1 desta Decisão, os Estados-Membros visados devem tomar as medidas necessárias para depositar simultaneamente os respectivos instrumentos de ratificação ou adesão antes de 5 de Junho de 2010.

Portugal aprovou recentemente esta Convenção¹⁰⁶, que entrará em vigor para Portugal no 1.º dia do mês seguinte ao termo do prazo de três meses a contar da data do depósito do instrumento de aprovação (art. 61.º/2/a).

Antes de examinarmos a Convenção de 1996, porém, importa assinalar que no que toca à competência internacional e ao reconhecimento de decisões em matéria de responsabilidade parental proferidas noutros Estados-Membros da União Europeia, com excepção da Dinamarca (art. 2.º/3) há que ter em conta o *Regulamento Bruxelas II bis*. O conceito de responsabilidade parental inclui o conjunto dos direitos e obrigações conferidos a uma pessoa singular ou colectiva por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor relativo à pessoa ou aos bens de uma criança, nomeadamente o direito de guarda e o direito de visita (art. 2.º/7).

¹⁰³ Sobre esta Convenção ver LAGARDE [1996 e 1997], PICONE [1996: 507 e segs.] e MOURA RAMOS [1998: 16 e segs.] com mais referências.

¹⁰⁴ OCE L 48/1, de 21/02/2003. O art. 2.º desta Decisão determina que, ao assinarem a Convenção, os Estados-Membros farão a seguinte declaração:

“Os artigos 23.º, 26.º e 52.º da convenção permitem às partes contratantes uma certa margem de flexibilidade para aplicarem um sistema simples e rápido de reconhecimento e execução das decisões. A regulamentação comunitária prevê um sistema de reconhecimento e execução pelo menos tão favorável como as regras constantes da convenção. Assim sendo, as decisões em matérias abrangidas pela convenção, quando proferidas por um tribunal de um Estado-Membro da União Europeia, serão reconhecidas e executadas em... (Estado-Membro que emite a declaração), aplicando-se a regulamentação interna pertinente do direito comunitário (...).”

¹⁰⁵ 2008/431/CE, JOCE 151/36, de 11/6/2008.

¹⁰⁶ Dec. n.º 52/2008, de 13/11.

Parece que inclui também a generalidade das medidas de protecção da criança (cf. art. 1.º/2) que não sejam expressamente exceptuadas¹⁰⁷.

São excluídas do seu âmbito de aplicação, designadamente, as decisões sobre a adopção, as obrigações alimentares e as medidas tomadas na sequência de infracções penais cometidas por crianças (art. 1.º/3/b, e e g).

As regras de competência internacional contidas no Regulamento são parcialmente inspiradas na Convenção de 1996, mas não coincidem inteiramente com as regras contidas nesta Convenção (ver, com mais desenvolvimento, *infra* § 85).

O Regulamento estabelece, como regra geral, a competência dos tribunais do Estado-Membro em que a criança resida habitualmente à data da instauração do processo (art. 8.º/1). Sob certos pressupostos, o art. 9.º prolonga a competência do Estado-Membro da anterior residência habitual da criança em caso de deslocação legal da criança. Em caso de rapto da criança os tribunais do Estado-Membro onde a criança residia habitualmente antes da deslocação ou retenção ilícitas mantêm a sua competência até que a criança passe a ter a sua residência habitual noutra Estado-Membro e se verificarem determinadas condições (art. 10.º).

O art. 11.º contém regras sobre os pedidos de regresso da criança baseados na Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças (1980), adiante referidas.

O art. 12.º estabelece uma competência convencional em duas situações.

A primeira é o acordo dos titulares da responsabilidade parental sobre a competência dos tribunais do Estado-Membro que são competentes para o divórcio, separação ou anulação do casamento para decidirem qualquer questão relativa à responsabilidade parental relacionada com esse pedido (n.º 1). Esta competência pressupõe ainda que um dos cônjuges exerça a responsabilidade parental e que se fundamente no superior interesse da criança. Esta competência cessa, designadamente, quando a decisão de procedência ou improcedência do pedido de divórcio, de separação ou de anulação do casamento transite em julgado (n.º 2).

¹⁰⁷ Ver também Ulrich SPELLENBERG – “IntVerfREhe”, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch/ IPR*, Berlim, 2005, Vorbem Art. 1 EheGVO n.º 11, e Bertrand ANCEL e Horatia MUIR WATT – “L’intérêt supérieur de l’enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis”, *R. crit.* 94 (2005) 569-605, 571. Cp. RIGAUX/FALLON [2005: 629 e 643].

As partes do processo também podem acordar sobre a competência dos tribunais de um Estado-Membro a que a criança tenha uma ligação particular desde que esta competência seja exercida no superior interesse da criança (n.º 3).

O art. 13.º prevê uma competência subsidiária baseada na presença da criança quando não puder ser determinada a sua residência habitual nem se verificarem os pressupostos de competência convencional previstos no art. 12.º. Isto aplica-se igualmente a crianças refugiadas.

O art. 15.º admite, excepcionalmente, que o tribunal de um Estado-Membro competente segundo as regras do Regulamento transfira o processo para um tribunal mais bem colocado para apreciar a acção. Esta transferência só pode ser feita para o tribunal de outro Estado-Membro com que a criança tenha uma ligação particular, se servir o superior interesse da criança (n.º 1) e se for feito a pedido de uma das partes ou com aceitação de uma das partes (n.º 2).

Se nenhum tribunal de um Estado-Membro for competente por força dos preceitos do Regulamento a competência é, em cada Estado-Membro, regulada pelas outras fontes que vigorem na sua ordem jurídica (art. 14.º).

O Regulamento não impede os tribunais de qualquer Estado-Membro em que se encontre a criança ou os seus bens de tomarem medidas provisórias ou cautelares em caso de urgência (art. 20.º/1). O efeito destas medidas cessa quando o tribunal do Estado-Membro competente ao abrigo do Regulamento tiver tomado as medidas que considere adequadas (n.º 2).

Diferentemente das Convenções de 1961 e 1996, o Regulamento não define o conceito de “criança”. Parece de entender como “criança” a pessoa que perante a lei competente segundo o Direito de Conflitos do foro pode estar sujeita a responsabilidade parental (incluindo aqui medidas de protecção tomadas em função da sua idade)¹⁰⁸.

O Regulamento prevalece sobre a Convenção de 1961 nas relações entre os Estados-Membros vinculados por este Regulamento (art. 60.º/a do Regulamento)¹⁰⁹. O que significa que em matéria de competência inter-

¹⁰⁸ Cf., designadamente, SPELLENBERG, op. cit., Art 1 n.º 29, sugerindo que se estabeleça autonomamente o limite de 18 anos para evitar contradições com a Convenção de 1996; MAYER/HEUZÉ [2007: 403]; CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ [2008: 290].

¹⁰⁹ Ver Thomas RAUSCHER – *Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar*, vol. I, 2.ª ed., Munique, 2006, Art 60/61 n.º 3; *MünchKomm./SIEHR* [2006: Anhang I zu Art. 21 n.º 19].

nacional a Convenção de 1961 passou a ser aplicável só nas relações com Macau, a Suíça e a Turquia. A delimitação entre o âmbito de aplicação dos dois instrumentos pode no entanto suscitar algumas dificuldades.

Quando todos os Estados envolvidos são Estados-Membros vinculados pelo Regulamento aplicam-se as regras de competência do Regulamento. Se a criança residir habitualmente num Estado contratante da Convenção de 1961 que não é vinculado pelo Regulamento estamos perante relações com Estados terceiros e, por isso, aplica-se a Convenção de 1961¹¹⁰.

Como o Regulamento não contém *regras sobre o Direito aplicável*, as autoridades competentes do Estado-Membro reconhecerão em princípio as relações de autoridade estabelecidas *ex lege* pelo Direito da nacionalidade do menor¹¹¹. Parece que o Direito de Conflitos contido na Convenção continua a ser aplicável às medidas de protecção¹¹², pelo menos quando as autoridades do Estado-Membro também seriam competentes segundo a Convenção¹¹³. Isto significa que estas autoridades aplicam, em princípio, o seu Direito material interno (ver também art. 62.º/1 do Regulamento)¹¹⁴.

Quanto ao *reconhecimento de decisões proferidas noutros Estados-Membros* aplica-se o Regulamento¹¹⁵.

Passemos agora a examinar com brevidade a *Convenção de 1996*. A Convenção de 1996 aplica-se às crianças desde o momento do seu nascimento até atingirem a idade de 18 anos (art. 2.º).

Abrange a generalidade das medidas orientadas à protecção da pessoa ou bens da criança (art. 3.º), com excepção, designadamente, de decisões sobre a adopção, das obrigações alimentares, da segurança social, das medidas públicas de carácter geral em matéria de educação ou saúde e das

¹¹⁰ Ver, neste sentido, MAYER/HEUZÉ [2007: 405]. Mas o envolvimento de terceiros Estados pode resultar de outros elementos de conexão – ver SIEHR, op. cit., n.º 20, e RAUSCHER, op. cit., Art 60/61 n.º 3.

¹¹¹ Ver, neste sentido, AUDIT [2006: 504].

¹¹² Ver KROPHOLLER [2006: 392] e VON HOFFMANN/THORN [2007: 370].

¹¹³ Ver SPELLENBERG, op. cit., n.º 11, MARIANNE ANDRAE [2006: 88] e CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ [2008: 297].

¹¹⁴ Sobre as medidas tomadas em caso de urgência cp. a referência feita anteriormente a respeito do art. 9.º/1 da Convenção de 1961 e o art. 20.º do Regulamento Bruxelas II bis que expressamente se refere à legislação do Estado-Membro do foro.

¹¹⁵ Cf. MAYER/HEUZÉ [2007: 406].

medidas tomadas em consequência de infracções penais cometidas pelas crianças (art. 4.º/b, e, g, h e i).

Abrange igualmente a “responsabilidade parental” entendida como designando o poder paternal ou qualquer outra relação análoga de autoridade que determine os direitos, poderes e responsabilidades dos pais, tutores ou outros representantes legais relativamente à pessoa ou bens da criança (art. 1.º/2).

A Convenção não define por forma geral o seu âmbito de aplicação no espaço, que tem de ser examinado com respeito a cada uma das suas disposições¹¹⁶.

O princípio inspirador da Convenção de 1996 é o da competência das autoridades e do Direito do Estado da residência habitual da criança, que é o Estado do seu “meio ambiente”.

Quanto à *competência internacional*, a principal diferença entre esta Convenção e a de 1961 reside no reforço da competência das autoridades do Estado da residência habitual da criança relativamente à competência das autoridades do Estado da nacionalidade da criança (arts. 5.º e segs.). As autoridades do Estado da nacionalidade da criança só podem tomar medidas de protecção excepcionalmente a solicitação ou com o consentimento das autoridades da residência habitual da criança (art. 8.º e 9.º).

Em caso de deslocação ou de retenção ilícita da criança, as autoridades do Estado Contratante no qual a criança tinha residência habitual imediatamente antes da sua deslocação ou retenção mantêm a sua competência até que a criança adquira residência habitual num outro Estado, e (art. 7.º/1):

- qualquer pessoa, instituição ou outro organismo com direitos de custódia consinta na deslocação ou retenção; ou
- a criança tenha residido nesse outro Estado por um período mínimo de um ano desde que a pessoa, instituição ou qualquer outro organismo com direitos de custódia tenha, ou devesse ter, conhecimento do paradeiro da criança, não se encontre pendente qualquer pedido de regresso apresentado durante esse período, e a criança se tenha integrado no seu novo ambiente.

Enquanto as autoridades mencionadas no n.º 1 conservarem a sua competência, as autoridades do Estado Contratante para onde a criança foi

¹¹⁶ Ver LAGARDE [1996 n.º 17 e 1997: 222] e PICONE [1996: 511, 526 e 549].

deslocada ou no qual ficou retida apenas poderão tomar as medidas urgentes com carácter provisório, previstas no artigo 11.º, necessárias à protecção da pessoa ou bens da criança (art. 7.º/3).

A Convenção prevê uma competência subordinada e facultativa das autoridades de outros Estados para decretarem medidas de protecção. Trata-se dos seguintes Estados (art. 8.º/2):

- Estado do qual a criança é nacional;
- Estado no qual os bens da criança se encontram localizados;
- Estado a cujas autoridades seja submetido um pedido de divórcio ou de separação legal dos pais da criança, ou de anulação do casamento;
- Estado com o qual a criança tem uma ligação estreita.

As autoridades destes Estados só são competentes se as autoridades do Estado da residência habitual considerarem que as primeiras se encontram mais bem colocadas para apreciar, no caso concreto, o melhor interesse da criança (art. 8.º/1) ou se obtiverem o consentimento das autoridades do Estado da residência habitual (art. 9.º/1 e 3). No primeiro caso, essas autoridades têm a faculdade de aceitar a competência, se considerarem que tal corresponde ao melhor interesse da criança (art. 8.º/4).

O art. 10.º estabelece uma competência concorrente das autoridades do Estado Contratante no exercício da sua competência para decidir sobre um pedido de divórcio ou de separação legal dos pais de uma criança com residência habitual noutro Estado Contratante, ou uma anulação do casamento, para tomar medidas orientadas à protecção da pessoa ou bens dessa criança, caso a lei do seu Estado assim o preveja (n.º 1)¹¹⁷. Mas condiciona esta competência concorrente a pressupostos restritivos: é necessário que aquando do início do processo um dos pais resida habitualmente nesse Estado e um deles tenha responsabilidade parental para com a criança; e que a competência dessas autoridades para tomar essas medidas tenha sido aceite pelos pais, bem como por qualquer outra pessoa com responsabilidade parental relativamente à criança, e seja no melhor interesse da criança.

¹¹⁷ Da reserva prevista no art. 55.º/1/a também pode resultar uma competência concorrente do Estado da situação dos bens – ver PICONE [1996: 530].

Esta competência termina logo que a decisão a autorizar ou a recusar o pedido de divórcio, separação legal ou anulação do casamento se tenha tornado definitiva, ou se o processo tiver terminado por qualquer outra razão (art. 10.º/2).

Os arts. 11.º e 12.º estabelecem uma competência das autoridades do Estado Contratante em cujo território se encontrem a criança ou os seus bens para tomar medidas de protecção provisórias. Esta competência pressupõe a urgência (art. 11.º/1) ou a eficácia territorial limitada ao Estado em questão aliada à compatibilidade com medidas que já tenham sido tomadas pelas autoridades competentes com base nos arts. 5.º a 10.º (art. 12.º/1).

Estas medidas, quando tomadas relativamente a uma criança com residência habitual num Estado Contratante, prescrevem logo que as autoridades competentes ao abrigo dos arts. 5.º a 10.º tenham decretado as medidas exigidas pela situação (arts. 11.º/2 e 12.º/2). Se a criança tiver residência habitual num Estado não Contratante, estas medidas prescrevem em cada Estado Contratante logo que as medidas exigidas pela situação, e tomadas pelas autoridades de outro Estado, sejam reconhecidas pelo Estado Contratante em questão (arts. 11.º/3 e 12.º/3). A diferença entre as duas situações resulta de a Convenção só regular o reconhecimento das decisões proferidas por autoridades de outros Estados Contratantes (art. 23.º).

À semelhança da Convenção de 1961, em princípio, as autoridades competentes decretam as medidas de protecção com base no *Direito material do foro* (art. 15.º/1). Admite-se, porém, que possam excepcionalmente aplicar ou tomar em consideração o Direito de outro Estado com o qual a situação tem uma conexão estreita na medida em que a protecção da pessoa ou dos bens da criança o requeira (art. 15.º/2).

Diferentemente da Convenção de 1961, a atribuição e extinção da responsabilidade parental *ope legis*, bem como o seu exercício, são regulados pelo Direito da residência habitual do menor (art. 16.º/1 e art. 17.º). Acresce a previsão expressa de que a responsabilidade parental assim estabelecida pode ser retirada, ou as respectivas condições de exercício modificadas, por qualquer autoridade competente segundo a Convenção para a tomada de medidas de protecção (art. 18.º).

Estas normas de conflitos têm um âmbito de aplicação universal¹¹⁸. O art. 20.º confirma que as normas de conflitos da Convenção são aplicáveis mesmo que a lei designada seja a de um Estado não Contratante.

¹¹⁸ Cf. PICONE [1996: 534] e LAGARDE [1997: 222].

A remissão feita pelas normas de conflitos da Convenção é entendida como referência material, salvo no caso da atribuição ou extinção da responsabilidade parental, quando o art. 16.º remeta para a lei de um Estado não Contratante e as regras de conflitos de este Estado designem a lei de outro Estado não Contratante que se considere competente (art. 21.º)¹¹⁹. Neste caso, a Convenção admite a transmissão de competência.

A Convenção regula o *reconhecimento de decisões tomadas por autoridades de outros Estados Contratantes*.

Em primeiro lugar, estabelece um regime de reconhecimento automático dos efeitos das medidas tomadas pelas autoridades competentes de um Estado Contratante (art. 23.º/1).

Já a "execução" (i.e., a atribuição de força executiva) de medidas tomadas pelas autoridades competentes de um Estado Contratante noutro Estado Contratante depende de uma declaração de executoriedade ou registo nestoutro Estado, de acordo com o procedimento previsto pela lei deste Estado (art. 26.º/1). Este procedimento deve ser simples e rápido (art. 26.º/2).

O reconhecimento de efeitos e a declaração de executoriedade ou registo só podem ser recusados com os fundamentos previstos no art. 23.º/2.

Primeiro, se a medida tiver sido tomada por uma autoridade cuja competência não assenta em nenhum dos fundamentos previstos na Convenção (a).

Segundo, se a medida tiver sido tomada, salvo em caso de urgência, no contexto de um processo judicial ou administrativo, sem se ter concedido à criança a possibilidade de ser ouvida, violando os princípios fundamentais dos procedimentos do Estado requerido (b).

Terceiro, se qualquer pessoa apresentar pedido indicando que a medida infringe as suas responsabilidades parentais, se tal medida tiver sido tomada, salvo em casos de urgência, sem se ter concedido a essa pessoa a possibilidade de ser ouvida (c).

Quarto, se o reconhecimento for manifestamente contrário à ordem pública do Estado requerido, tendo em conta os melhores interesses da criança (d).

¹¹⁹ A redacção dada ao art. 21.º/2 na versão portuguesa não corresponde às versões autênticas em língua francesa e inglesa.

Quinto, se a medida for incompatível com outra medida posterior tomada no Estado não Contratante da residência habitual da criança, quando esta última medida preencha os requisitos necessários ao reconhecimento no Estado requerido (e)¹²⁰.

Por último, se os procedimentos de cooperação entre autoridades previstos no artigo 33.º não tiverem sido respeitados (f).

O art. 27.º exclui expressamente o controlo de mérito da medida, sem “prejuízo da análise que seja necessária para a aplicação dos artigos precedentes”.

A Convenção contém ainda um Capítulo dedicado à *cooperação entre autoridades* (V). Esta parte da Convenção tem grande importância prática, mas dada a sua natureza processual não procederei aqui ao seu exame. Direi apenas que a cooperação assenta num sistema de Autoridades Centrais, designadas por cada Estado Contratante, para cumprimento das obrigações que lhe são impostas pela Convenção (art. 29.º/1). As Autoridades Centrais deverão colaborar mutuamente e promover a cooperação entre as autoridades competentes nos seus Estados para atingir os objectivos da Convenção (art. 30.º/1).

O art. 50.º determina que *a Convenção não prejudica a aplicação da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças (1980)*, nas relações entre as Partes de ambas as Convenções. Mas acrescenta que nada impede que as disposições da Convenção de 1996 sejam invocadas para fazer regressar uma criança que foi afastada ou retida ilícitamente ou para organizar o direito de visita¹²¹.

Nas relações entre os Estados Contratantes *a Convenção substitui as Convenções de 1902 e 1961*, sem prejuízo do reconhecimento das medidas tomadas ao abrigo da Convenção de 1961 (art. 51.º)¹²².

Ao aprovar a Convenção, Portugal fez a declaração prevista no art. 2.º da Decisão do Conselho da União Europeia de 19 de Dezembro de 2002, atrás referida, segundo a qual “Os artigos 23.º, 26.º e 52.º da Convenção permitem às Partes Contratantes uma certa margem de flexibilidade para aplicarem o sistema simples e rápido de reconhecimento e execução das decisões. A regulamentação comunitária prevê um sistema de

¹²⁰ Ver as considerações críticas de PICONE [1996: 538].

¹²¹ Ver ainda LAGARDE [1996 n.º 48], PICONE [1996: 545] e ASCENSÃO SILVA [2005: 543 e segs.].

¹²² Ver ainda LAGARDE [1996 n.º 169].

reconhecimento e execução pelo menos tão favorável como as regras constantes da Convenção. Assim sendo, as decisões em matérias abrangidas pela Convenção, quando proferidas por um tribunal de um Estado membro da União Europeia, serão reconhecidas e executadas em Portugal, aplicando-se a regulamentação interna pertinente do direito comunitário”.

O art. 52.º da Convenção contém uma cláusula de desconexão nos termos da qual a Convenção não prejudica a aplicação de “leis uniformes baseadas na existência de ligações especiais, de natureza regional ou de outra natureza, entre os Estados em questão” relativamente a crianças residentes habitualmente nestes Estados (n.os 2 e 4)¹²³.

Por seu turno, o art. 61.º do Regulamento Bruxelas II bis estabelece que nas relações com a Convenção da Haia de 1996 o Regulamento é aplicável quando a criança tenha a sua residência habitual num Estado-Membro e, quanto ao reconhecimento e à execução de uma decisão proferida pelo tribunal de outro Estado-Membro, quer a criança resida habitualmente no território de um Estado-Membro ou de um Estado terceiro parte nessa Convenção.

Foi atrás assinalado que este Regulamento contém regras sobre a competência internacional em matéria de responsabilidade parental, que são em parte inspiradas na Convenção de 1996, mas não coincidem inteiramente com as regras contidas nesta Convenção. Foi igualmente assinalado que, segundo parece, estas regras de competência são aplicáveis à generalidade das medidas de protecção da criança (cf. art. 1.º/2) que não sejam expressamente exceptuadas (cf. art. 1.º/3)¹²⁴.

Do art. 61.º do Regulamento parece resultar que a competência internacional para as medidas de protecção será em primeira linha disciplinada pelo Regulamento quando a criança resida habitualmente num Estado-Membro, mesmo que estejam envolvidos Estados terceiros que são partes

¹²³ Cp. LAGARDE [1996 n.os 172 e segs. e 1997: 229], PICONE [1996: 545 e segs.], e Roberto BARATTA – “Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia”, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, org. por Paolo Picone, 163-203, Pádua, 2004, 168 e seg.

¹²⁴ Ver também Ulrich SPELLENBERG – “IntVerfREhe”, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch/ IPR*, Berlim, 2005, Vorbem Art. 1 EheGVO n.º 11. Cp. RIGAUX/FALLON [2005: 629 e 643].

na Convenção de 1996¹²⁵. No entanto, da cláusula de desconexão contida na Convenção resulta que as “leis uniformes” não prejudicam a aplicação das disposições da Convenção nas relações com Estados terceiros partes na Convenção (art. 52.º/3 e 4)¹²⁶. Daí que segundo um entendimento o Regulamento deveria ceder perante o regime convencional nas relações entre Estados-Membros e Estados terceiros partes na Convenção de 1996¹²⁷.

Quanto à determinação do Direito aplicável, o Regulamento não prejudica a aplicação das regras de conflitos contidas na Convenção de 1996 (art. 62.º/1)¹²⁸, à semelhança do atrás assinalado com respeito à Convenção de 1961.

A este respeito, porém, pode distinguir-se entre as normas de conflitos sobre a titularidade da responsabilidade parental por força da lei, acordo ou acto unilateral e sobre o exercício da responsabilidade parental (bem como as disposições dos arts. 18.º, 19.º, 21.º e 22.º da Convenção de 1996), por um lado, e a regra segundo a qual no exercício das competências previstas na Convenção as medidas de protecção são tomadas segundo o Direito do foro (art. 15.º/1), por outro. O primeiro grupo de regras substitui o Direito de Conflitos de fonte interna. Já a regra do art. 15.º/1 pressupõe que a competência das autoridades do foro se baseia em elementos de conexão que exprimem o princípio da conexão mais estreita com a criança e o interesse superior da criança. Isto verifica-se quando a competência se fundamente nas regras do Regulamento (mas já não necessariamente quando se funde em regras de fonte interna ao abrigo do art. 14.º do Regulamento)¹²⁹.

¹²⁵ Neste sentido, aparentemente, Kai BISCHOFF – “Erläuterungen zu der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003”, in *Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen*, org. por Reinhold Geimer e Rolf Schütze, vol. II, Munique, 2005, Art. 61 n.º 2; RAUSCHER, op. cit., Art 60/61 n.ºs 1, 2 e 5; SIEHR, op. cit., n.º 6. Ver também Proposta da Comissão [COM(2002) 222 final/2], 9 e 20-21.

¹²⁶ Ver, sobre a interpretação do art. 52.º/3 da Convenção, LAGARDE [1996 n.º 174].

¹²⁷ Ver BARATTA, op. cit., 169. Ver ainda, sobre os problemas suscitados pela delimitação dos âmbitos de aplicação do Regulamento e da Convenção, Miguel TEIXEIRA DE SOUSA – “Ausgewählte Probleme aus dem Anwendungsbereich der Verordnung EG Nr. 2201/2003 und des Haager Übereinkommens v. 19.10.1996 über den Schutz von Kindern”, *FamRZ* 52 (2005) 1612-1615.

¹²⁸ Ver KROPHOLLER [2006: 392 e 397-398] e RAUSCHER, op. cit., Art. 60/61 n.º 7.

¹²⁹ Ver também MARIANNE ANDRAE [2006: 87-88].

Quanto ao reconhecimento de decisões proferidas em matéria de responsabilidade parental por autoridades de outros Estados comunitários aplica-se, em princípio, o Regulamento (*infra* § 96). No entanto, este Regulamento não se aplica às decisões proferidas por autoridades dinamarquesas (art. 2.º/3).

Do acima exposto podemos retirar algumas conclusões sobre o regime aplicável à protecção de menores a partir do momento em que entre em vigor na ordem jurídica portuguesa a Convenção de 1996. Estas conclusões não excluem, porém, certas dúvidas na delimitação do âmbito dos diferentes instrumentos que carecem de melhor reflexão¹³⁰.

I. À *competência internacional das autoridades* é aplicável, em princípio, o Regulamento Bruxelas II bis. Se não for competente a autoridade de um Estado-Membro a competência é regulada pela “lei” portuguesa.

No entanto, nas relações com Estados terceiros contratantes da Convenção de 1996 é aplicável o regime contido nesta Convenção se a criança não tiver residência habitual no território de um Estado-Membro. Já é controverso, nestas relações, a aplicação do regime do Regulamento ou da Convenção se a criança tiver residência habitual no território de um Estado-Membro.

Nas relações com Estados terceiros apenas contratantes da Convenção de 1961 é aplicável o regime contido nesta Convenção se o menor tiver residência habitual num Estado contratante.

II. A *determinação do Direito aplicável* rege-se, em princípio, pela Convenção de 1996. O Direito de Conflitos da Convenção prevalece sobre o Direito de Conflitos de fonte interna e, designadamente, sobre o art. 30.º CC. O art. 30.º CC poderá ter um campo residual de aplicação quando a competência das autoridades portuguesas não se fundamente nas regras de competência do Regulamento nem nas da Convenção de 1996.

No entanto, nas relações com Estados que sejam apenas contratantes da Convenção de 1961, aplica-se o regime desta Convenção se o menor tiver residência habitual num Estado Contratante desta Convenção.

Nas relações com Estados que sejam apenas contratantes da Convenção de 1902, aplica-se o regime desta Convenção se o menor for nacional

¹³⁰ Ver, designadamente, MARIANNE ANDRAE [2006: 84 e segs.].

de um Estado Contratante desta Convenção e tiver a sua residência habitual no território de um Estado Contratante desta Convenção.

III. Quanto ao *reconhecimento de decisões estrangeiras* tem de se distinguir, em primeiro lugar, conforme as decisões são proferidas por autoridades de Estados-Membros vinculadas pelo Regulamento Bruxelas II bis ou por autoridades de outros Estados. No primeiro caso aplica-se o regime do Regulamento.

Às decisões proferidas por autoridades de Estados terceiros contratantes da Convenção de 1996 aplica-se o regime desta Convenção.

Às decisões proferidas por autoridades de Estados terceiros contratantes apenas da Convenção de 1961 aplica-se o regime desta Convenção se o menor tiver residência habitual num Estado Contratante desta Convenção.

Às restantes decisões aplica-se o regime interno se não for aplicável outro instrumento internacional.

Do exposto resulta um quadro complexo de fontes e uma pluralidade de regimes que suscita dificuldades de delimitação e de aplicação. Isto poderia ter sido em vasta medida evitado se a matéria da responsabilidade parental e das medidas de protecção de menores tivesse sido deixada às Convenções da Haia¹³¹.

Importa ainda referir os seguintes instrumentos internacionais em vigor na ordem jurídica portuguesa: a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças (1980), a Convenção Europeia sobre o Reconhecimento e a Execução das Decisões Relativas à Guarda de Menores e sobre o Restabelecimento da Guarda de Menores (1980), a Convenção de Cooperação Judiciária Relativa à Protecção de Menores entre Portugal e França (1983) e a Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário em Matéria de Direito de Guarda e de Direito de Visita entre Portugal e o Luxemburgo (1992).

A Convenção da Haia de 1980 é um instrumento de cooperação judiciária internacional que tem por objecto assegurar o regresso imediato das crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente e fazer respeitar de modo efectivo nos outros Estados

¹³¹ Ver, neste sentido, SPELLENBERG, op. cit., Vorbem zu Art 1, n.º 20, e ANCEL/MUIR WATT, op. cit., 574. Em sentido convergente, já Erik JAYME – “Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus”, *IPRax* 20 (2000) 168-171, 169. Em sentido contrário, MARIANNE ANDRAE [2006: 88-89].

Contratantes os direitos de custódia e de visita existentes num Estado Contratante (art. 1.º)¹³².

A Convenção aplica-se a qualquer criança com residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de custódia ou de visita. São abrangidas as crianças com idade inferior a 16 anos (art. 4.º).

A deslocação ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando viole um direito de custódia atribuído pelo Direito do Estado onde a criança tenha a sua residência habitual imediatamente antes da sua transferência ou da sua retenção e esse direito estiver a ser exercido de maneira efectiva no momento da transferência ou da retenção (ou o devesse estar se tais acontecimentos não tivessem ocorrido) (art. 3.º/1.º §)¹³³.

O direito de custódia em causa pode designadamente resultar quer de uma atribuição de pleno direito, quer de uma decisão judicial ou administrativa, quer de um acordo vigente segundo o Direito deste Estado (art. 3.º/2.º §). O preceito deve ser interpretado no sentido de abranger qualquer título de atribuição do direito de custódia vigente na ordem jurídica da residência habitual. Neste sentido, a referência ao Direito do Estado a residência habitual abrange as normas de conflitos deste Estado¹³⁴.

O art. 14.º esclarece que para determinar a existência de uma deslocação ou retenção ilícitas as autoridades do Estado requerido “poderão tomar conhecimento directo do direito e das decisões judiciais ou administrativas formalmente reconhecidas ou não no Estado da residência habitual da criança sem ter de recorrer a procedimentos específicos para prova dessa legislação ou para reconhecimento de decisões estrangeiras” que seriam de outro modo aplicáveis.

A Convenção prevê a instituição de um sistema de autoridades centrais encarregadas de dar cumprimento às obrigações impostas aos Estados Contratantes (art. 6.º). As autoridades centrais devem cooperar entre si e pro-

¹³² Sobre os conceitos de “direito de custódia” e “direito de visita” ver art. 5.º. Em geral, sobre a Convenção, ver designadamente ELISA PÉREZ-VERA – “Rapport explicatif”, in *Actes et documents de la 14ème. session de la Conférence de La Haye*, t. III – *Enlèvement d'enfants*, 426-473, A Haia, 1982; KROPHOLLER [2006: 399 e segs.]; CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ [2008: 312 e segs.]; ELSA DIAS OLIVEIRA [2004: 58 e segs.]; ASCENSÃO SILVA [2005: 475 e segs.]. Na jurisprudência portuguesa ver, designadamente, RLx 2/5/1989 [CJ (1989-IV) 109], REv 19/2/2004 [CJ (2004-I) 254], REv 4/3/2004 [CJ (2004-II) 235] e RCb 22/2/2005 [CJ (2005-I) 29].

¹³³ Ver ainda ASCENSÃO SILVA [2005: 502].

¹³⁴ Cf. PÉREZ-VERA, op. cit., n.ºs 65 e segs., que se refere às relações protegidas “pelo menos pela aparência de um título válido sobre o direito de custódia” no Estado da residência habitual da criança.

mover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, por forma a assegurar o regresso imediato das crianças e realizar os outros objectivos da Convenção (art. 7.º).

Qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue que uma criança tenha sido deslocada ou retida em violação de um direito de custódia pode participar o facto à autoridade central da residência habitual da criança ou à autoridade central de qualquer outro Estado Contratante, para que lhe seja prestada assistência por forma a assegurar o regresso da criança (art. 8.º).

Quando uma criança tenha sido ilicitamente transferida ou retida a autoridade do Estado Contratante onde a criança se encontrar deve ordenar o regresso da criança (art. 12.º/1.º §).

Todavia, a autoridade pode recusar-se a ordenar o regresso da criança em quatro tipos de situações.

Primeiro, se tiver decorrido um período de mais de um 1 ano entre a data da deslocação ou retenção e a data do início do processo perante essa autoridade e for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo ambiente (art. 12.º/2.º §)¹³⁵.

Segundo, se a pessoa, instituição ou organismo que se opuser ao seu regresso provar (art. 13.º/1.º §)¹³⁶:

- que o direito de custódia não era exercido efectivamente pelo seu titular;
- que o titular do direito de custódia havia consentido ou concordado posteriormente com a transferência ou retenção;
- que existe um risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, a ficar numa situação intolerável.

Terceiro, que a criança se opõe ao regresso quando tenha atingido uma idade e um grau de maturidade que levem a tomar em consideração as suas opiniões sobre o assunto (art. 13.º/2.º §)¹³⁷.

Quarto, quando o regresso da criança não for consentâneo com os princípios fundamentais do Estado requerido relativos à protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (art. 20.º)¹³⁸.

¹³⁵ Ver PÉREZ-VERA, op. cit. n.ºs 107 e segs., e ASCENSÃO SILVA [2005: 537 e segs.].

¹³⁶ Ver PÉREZ-VERA, op. cit. n.ºs 28 e segs. e 113 e segs., e ASCENSÃO SILVA [2005: 516 e segs.].

¹³⁷ Ver PÉREZ-VERA, op. cit. n.º 30, e ASCENSÃO SILVA [2005: 533 e segs.].

¹³⁸ Ver PÉREZ-VERA, op. cit., n.ºs 31 e segs. e 118, e ASCENSÃO SILVA [2005: 508 e segs.].

Depois de terem sido informadas da transferência ilícita ou da retenção de uma criança, as autoridades do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida não podem tomar decisões sobre o fundo do direito de custódia sem que seja provado não estarem reunidas as condições para o regresso da criança ou sem que tenha decorrido um período razoável de tempo sem que haja sido apresentado qualquer requerimento com vista ao regresso da criança (art. 16.º).

O facto de ter sido tomada uma decisão relativa à custódia ou de a mesma ser passível de reconhecimento no Estado requerido não pode justificar a recusa de fazer regressar a criança nos termos da Convenção (art. 17.º).

O pedido que vise a organização ou a protecção do exercício efectivo do direito de visita poderá ser dirigido à autoridade central de um Estado Contratante nos mesmos moldes do pedido que vise o regresso da criança (art. 21.º/1.º §). Às autoridades centrais incumbe promover o exercício pacífico do direito de visita, bem como o preenchimento de todas as condições indispensáveis ao exercício deste direito (2.º §).

A Convenção não impede qualquer pessoa, instituição ou organismo que considere ter havido violação do direito de custódia ou de visita de se dirigir directamente às autoridades de qualquer dos Estados Contratantes, ao abrigo ou não das disposições da Convenção (art. 29.º). A Convenção também não impede a invocação do Direito não convencional do Estado requerido para obter o regresso de uma criança que tenha sido ilicitamente deslocada ou retida, ou para organizar o direito de visita (art. 34.º/2.ª parte).

Nas matérias regidas pela Convenção ela prevalece sobre a Convenção de 1961. De resto, a Convenção não impede que outro instrumento internacional vigore entre o Estado de origem e o Estado requerido (art. 34.º) nem que dois ou vários Estados Contratantes, para limitarem as restrições a que pode estar sujeito o regresso da criança, estabeleçam entre si um acordo para derogarem as disposições que possam implicar tais restrições (art. 36.º).

São partes nesta Convenção um elevado número de Estados, entre os quais se incluem Estados comunitários e Estados terceiros para onde se dirigiu a emigração portuguesa. No entanto, no que toca aos Estados comunitários deve ter-se presente que o Regulamento Bruxelas II bis prevalece sobre a Convenção nas relações entre os Estados-Membros vinculados pelo Regulamento (art. 60.º/e), mas não exclui a sua aplicação (art. 62.º/2).

Como já se assinalou, o art. 11.º do Regulamento contém regras sobre os pedidos de regresso da criança baseados na Convenção.

Segundo o disposto no n.º 2, ao aplicar os artigos 12.º e 13.º da Convenção, deve-se providenciar no sentido de que a criança tenha a oportunidade de ser ouvida durante o processo, excepto se tal for considerado inadequado em função da sua idade ou grau de maturidade.

Nos termos do n.º 3, o tribunal ao qual seja apresentado um pedido de regresso de uma criança deve acelerar a tramitação do pedido, utilizando o procedimento mais expedito previsto na legislação nacional e deve pronunciar-se o mais tardar no prazo de seis semanas a contar da apresentação do pedido, excepto em caso de circunstâncias excepcionais que o impossibilitem.

O tribunal não pode recusar o regresso da criança ao abrigo da alínea b) do artigo 13.º da Convenção, se se provar que foram tomadas medidas adequadas para garantir a sua protecção após o regresso (n.º 4). Também não pode recusar o regresso da criança se a pessoa que o requereu não tiver tido oportunidade de ser ouvida (n.º 5).

Se um tribunal tiver proferido uma decisão de retenção, ao abrigo do artigo 13.º da Convenção, deve imediatamente enviar, directamente ou através da sua autoridade central, uma cópia dessa decisão e dos documentos conexos, em especial as actas das audiências, ao tribunal competente ou à autoridade central do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da sua retenção ou deslocação ilícitas, tal como previsto no Direito interno. O tribunal deve receber todos os documentos referidos no prazo de um mês a contar da data da decisão de retenção (n.º 6).

Excepto se uma das partes já tiver instaurado um processo nos tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da retenção ou deslocação ilícitas, o tribunal ou a autoridade central que receba a informação referida no n.º 6 deve notificá-la às partes e convidá-las a apresentar as suas observações ao tribunal, nos termos do Direito interno, no prazo de três meses a contar da data da notificação, para que o tribunal possa analisar a questão da guarda da criança. Sem prejuízo das regras de competência previstas no Regulamento, o tribunal arquivará o processo se não tiver recebido observações dentro do prazo previsto (n.º 7).

Não obstante uma decisão de retenção, proferida ao abrigo do artigo 13.º da Convenção, uma decisão posterior que exija o regresso da criança, proferida por um tribunal competente ao abrigo do Regulamento, tem força executória nos termos do regime estabelecido no Regulamento, a fim de garantir o regresso da criança (n.º 8).

Foi anteriormente assinalado que a Convenção da Haia de 1996 não prejudica a aplicação da Convenção de Haia de 1980, nas relações entre as Partes de ambas as Convenções, mas que nada impede que as disposições da Convenção de 1996 sejam invocadas para fazer regressar uma criança que foi afastada ou retida ilicitamente ou para organizar o direito de visita (art. 50.º).

O Regulamento Bruxelas II bis prevalece nas relações entre Estados-Membros por ele vinculados, *no âmbito das matérias por ele reguladas*, sobre a Convenção Europeia sobre o Reconhecimento e a Execução das

Decisões Relativas à Guarda de Menores e sobre o Restabelecimento da Guarda de Menores (1980) (arts. 60.º/d e 62.º do Regulamento e art. 20.º/2 da Convenção)¹³⁹. A entrada em vigor da Convenção da Haia de 1996 na ordem jurídica dos Estados Contratantes da Convenção Europeia não prejudicará a aplicação desta Convenção salvo declaração em contrário destes Estados (art. 52.º/1 da Convenção de 1996).

O Regulamento Bruxelas II bis também prevalece, *nas matérias por ele reguladas*, sobre a Convenção de Cooperação Judiciária Relativa à Protecção de Menores entre Portugal e França (1983) e sobre a Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário em Matéria de Direito de Guarda e de Direito de Visita entre Portugal e o Luxemburgo (1992) (arts. 59.º/1 e 62.º/1). A entrada em vigor da Convenção da Haia de 1996 na ordem jurídica dos Estados Contratantes não prejudicará a aplicação daquelas Convenções salvo declaração em contrário destes Estados (art. 52.º/1 da Convenção de 1996).

No que toca à *protecção de outros incapazes* vigora na ordem jurídica portuguesa a Convenção da Haia Relativa à Interdição e às Providências de Protecção Análogas (1905). Esta Convenção tem um âmbito de aplicação bastante restrito, porque é reduzido o número de Estados que nela são partes¹⁴⁰.

Esta Convenção regula a competência internacional das autoridades, o Direito aplicável e o reconhecimento dos efeitos de actos públicos estrangeiros.

A Convenção aplica-se à interdição de indivíduos que sejam nacionais de um Estado Contratante e tenham residência habitual num Estado Contratante (art. 14.º/1)¹⁴¹.

Em princípio, a interdição só pode ser decretada pelas autoridades do Estado da nacionalidade da pessoa em causa (art. 2.º) e é regida pela lei deste Estado (arts. 1.º e 2.º/2.ª parte).

Se um nacional de um Estado Contratante, que segundo a sua lei nacional pode ser interdito, se encontrar no território de outro Estado Contratante, as autoridades deste Estado poderão tomar as providências provisórias necessárias à sua protecção (art. 3.º/1). Estas providências deverão ser comunicadas às autoridades do Estado da nacionalidade e cessarão logo

¹³⁹ Ver KROPHOLLER [2006: 404-405].

¹⁴⁰ Além de Portugal, a Itália, a Polónia e a Roménia.

¹⁴¹ O art. 3.º da Convenção aplica-se a todos os nacionais de um Estado Contratante (art. 14.º/2).

que estas informem terem sido adoptadas providências de protecção (art. 3.º/2 e 3).

As autoridades do Estado em cujo território tiver a sua residência habitual um estrangeiro nas condições de ser interdito devem informar dessa situação as autoridades do Estado da nacionalidade (art. 4.º).

As autoridades do Estado da residência habitual da pessoa em causa só poderão decretar uma providência definitiva de interdição quando as autoridades nacionais declarem querer abster-se ou não respondam no prazo de seis meses e desde que a providência seja admissível simultaneamente perante a lei nacional e a lei da residência habitual (arts. 6.º e 7.º). Os efeitos da interdição são, neste caso, regidos pela lei da residência habitual (art. 8.º/1), embora, se a lei nacional dispuser que a vigilância a exercer sobre o interdito seja confiada a determinada pessoa, esta disposição deva ser, tanto quanto possível, acatada (art. 8.º/2).

A existência de uma tutela, constituída segundo a lei da residência habitual, não obsta à constituição de nova tutela em conformidade com a lei nacional (art. 10.º/1).

A interdição decretada pelas autoridades da residência habitual poderá ser levantada pelas autoridades nacionais com base na sua lei (art. 11.º/1). Também poderá ser levantada pelas autoridades da residência habitual que decretaram a interdição com fundamento na lei nacional ou na lei local (art. 11.º/2).

A Convenção determina ainda o reconhecimento em todos os Estados Contratantes dos efeitos da interdição decretada pelas autoridades competentes, em conformidade com as disposições da Convenção, e dos efeitos das decisões que levantem a interdição decretada pelas autoridades da residência habitual, sem dependência de declaração de executoriedade (arts. 9.º/1 e 11.º/3).

Em regra, portanto, à protecção de incapazes maiores é aplicável o art. 30.º CC.

Entretanto, a Conferência da Haia adoptou a Convenção sobre a Protecção Internacional dos Adultos (2000), que já está internacionalmente em vigor, mas de que Portugal não é parte.

56. A obrigação de alimentos

As obrigações de alimentos podem ser voluntárias ou involuntárias, conforme resultam de um negócio jurídico ou da lei. As obrigações de ali-

mentos geradas por negócio jurídico estão, em princípio, submetidas à lei da substância do negócio. Aqui interessam *fundamentalmente* as obrigações de alimentos impostas pela lei em virtude de uma relação familiar ou relação análoga.

Vigoram na ordem jurídica portuguesa duas Convenções da Haia em matéria de obrigação de alimentos: a Convenção Relativa à Lei Aplicável em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores, de 1956, e a Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares, de 1973.

Vigora também na nossa ordem jurídica o Reg. (CE) n.º 4/2009, de 18/12/2008, Relativo à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento e à Execução das Decisões e à Cooperação em Matéria de Obrigações Alimentares (doravante designado Regulamento sobre obrigações alimentares)¹⁴², mas este instrumento só é aplicável, com excepção de algumas disposições instrumentais, a partir de 18 de Junho de 2011, sob reserva de o Protocolo da Haia sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares (2007) ser aplicável na Comunidade nessa data. Se esta condição não se verificar o Regulamento é aplicável a partir da data de aplicação desse Protocolo na Comunidade.

O Regulamento sobre obrigações alimentares prevalece, nas relações entre os Estados-Membros por ele vinculados, sobre as Convenções que incidam sobre matérias nele regidas e nas quais são partes esses Estados-Membros (art. 69.º/2). No entanto, quanto à determinação da lei aplicável, o Regulamento limita-se a remeter para o Protocolo da Haia de 2007.

A Convenção de 1956 tem hoje um campo de aplicação exíguo porquanto foi substituída pela Convenção de 1973 nas relações entre os Estados que são partes nesta última Convenção (art. 18.º)¹⁴³. Para assegurar a uniformidade do regime aplicável parece mesmo recomendável que Portugal denuncie a Convenção de 1956.

O Código Civil não contém qualquer norma de conflitos específica sobre a obrigação de alimentos. Enquanto obrigação emergente de uma relação de família, a obrigação de alimentos é uma matéria do estatuto pessoal, reconduzível à categoria de “relações de família” prevista no art. 25.º CC. A omissão de uma norma de conflitos específica poderia ser interpretada no sentido de a obrigação alimentar estar submetida ao Direito que

¹⁴² JOCE L 7/1, de 10/1/2009. Aplica-se ao Reino Unido conforme Decisão da Comissão, de 8 de Junho de 2009 (2009/451/CE), JOCE 149/73, de 12/6/2009.

¹⁴³ Só vigora nas relações com a Áustria, Bélgica, Liechtenstein e Macau.

regula a relação de onde emerge. Por exemplo, a pretensão de alimentos do cônjuge estaria submetida à lei reguladora das relações entre cônjuges, a pretensão de alimentos do filho relativamente ao pai à lei reguladora das relações entre eles¹⁴⁴.

A tendência actual, que se manifesta nas referidas Convenções da Haia, vai em sentido diferente.

Faça-se uma brevíssima referência à Convenção de 1956. A regra básica é a da competência da lei da residência habitual do menor (art. 1.º/1). No entanto, se esta lei recusar o direito a alimentos, será aplicável o Direito de Conflitos de fonte interna (art. 3.º). Além disso, um Estado Contratante pode aplicar o seu Direito material se o devedor da prestação de alimentos e o menor tiverem a nacionalidade desse Estado e devedor tiver residência habitual nesse Estado (art. 2.º).

A Convenção de 1973 é aplicável às obrigações alimentares provenientes de relações de família, incluindo o parentesco, o casamento, a adopção e a afinidade (art. 1.º). Deve entender-se, portanto, que a Convenção não regula as obrigações decorrentes de negócio jurídico que não sejam conexas com relações de família¹⁴⁵.

A Convenção não é aplicável ao direito de exigir alimentos da herança, conferido a uma pessoa que tinha uma relação de família ou vivia em união de facto com o autor da sucessão¹⁴⁶. Por exemplo, o apanágio do cônjuge sobrevivente, estabelecido pelo art. 2018.º CC, e o direito conferido à pessoa que vivia em união de facto com o falecido nos termos do art. 2020.º CC. Estes direitos devem ser submetidos ao Direito regulador da sucessão, uma vez que se constituem com a morte do *de cuius* e incidem sobre a herança¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Neste sentido, BAPTISTA MACHADO [1982: 405 e 437].

¹⁴⁵ Cf. MARTINY [1994: 221 e seg.]. Sobre a indefinição da convenção sobre esta delimitação do seu âmbito material de aplicação ver VERWILGHEN [1972: n.º 120].

¹⁴⁶ Cf. MARTINY [1994: 220 e seg.].

¹⁴⁷ Cf. MARTINY [loc. cit.] e FERREIRA PINTO [1992: 139 n. 146 e 142], com mais referências. Já é controverso se a convenção regula as obrigações alimentares entre pessoas que vivem em união de facto – cp. FERREIRA PINTO [1992: 138 e seg.] e MARTINY [1994: 222], pela negativa, e, em sentido contrário, H. GAUDEMET-TALLON – “La désunion du couple en Droit international privé”, *RCADI* 226 (1991) 9-280, 164. A questão tem reduzido alcance prático porque o regime da convenção, se não for aplicável directamente a estas obrigações alimentares, será, em princípio, aplicável por analogia.

14.º¹⁴⁸, esta Convenção também não é aplicável às obrigações alimentares entre afins e entre cônjuges divorciados, separados de pessoas e bens ou cujo casamento tenha sido declarado nulo ou anulado, desde que a decisão de divórcio, de separação, de nulidade ou de anulação tenha sido proferida à revelia num Estado onde a parte revel não tinha a sua residência habitual.

A Convenção tem carácter universal: aplica-se independentemente de conexão com um Estado Contratante e mesmo que a lei designada pela Convenção seja a de um Estado Não Contratante (art. 3.º)¹⁴⁹.

Em princípio aplica-se a lei da residência habitual do credor de alimentos (art. 4.º/1), mas estabelece-se a aplicação alternativa da lei nacional comum e da lei interna da autoridade requerida (arts. 5.º e 6.º). Portanto, a prestação de alimentos será concedida segundo a lei nacional comum se a lei da residência habitual a negar. Se também a lei nacional comum a negar, será ainda possível conceder a prestação de alimentos com base na lei do foro.

A Convenção estabelece duas regras especiais, em matéria de relações alimentares entre colaterais ou entre afins e entre cônjuges divorciados.

No que toca às relações alimentares entre colaterais ou entre afins determina-se que o devedor pode opor à pretensão de alimentos a inexistência da obrigação alimentar segundo a lei nacional comum ou, na falta de nacionalidade comum, segundo a lei da residência habitual do devedor (art. 7.º).

As obrigações alimentares entre cônjuges divorciados são regidas pela lei aplicada ao divórcio no Estado Contratante em que este foi decretado ou reconhecido (art. 8.º)¹⁵⁰. Se o divórcio não foi decretado ou reconhecido no Estado em que a pretensão de alimentos é actuada aplicam-se as regras gerais da Convenção (arts. 4.º a 6.º)¹⁵¹.

O exposto relativamente ao divórcio também é aplicável em caso de separação de pessoas e bens, nulidade ou anulação do casamento (art. 8.º/2).

¹⁴⁸ Av. n.º 145/98, de 31/7.

¹⁴⁹ Ver VERWILGHEN [1972: n.ºs 134 e segs.].

¹⁵⁰ Sobre as dificuldades suscitadas por esta solução ver MARTINY [1994: 192 e segs.].

¹⁵¹ Cf. VERWILGHEN [1972: n.º 161].

O direito de uma instituição pública obter o reembolso da prestação paga ao credor está sujeito à lei que rege a instituição (art. 9.º).

Portugal também fez a reserva prevista no art. 15.º da Convenção¹⁵², nos termos da qual é aplicável a lei interna quando o credor e o devedor tiverem nacionalidade portuguesa e o devedor residir habitualmente em Portugal.

A Convenção contém uma norma sobre a sucessão de estatutos desencadeada pela mudança da residência habitual, segundo a qual “a lei interna da nova residência habitual é aplicável a partir do momento em que tenha ocorrido a mudança” (art. 4.º/2). Se o pedido de alimentos é pela primeira vez formulado depois da mudança da residência habitual aplica-se a lei da nova residência habitual. Se já tinha sido concedida uma pensão de alimentos durante a residência habitual anterior o credor pode pedir uma alteração da pensão de alimentos com base na lei da nova residência habitual¹⁵³.

O domínio de aplicação da lei designada pelas regras da Convenção abrange as questões relativas à titularidade do direito a alimentos, ao conteúdo do direito, à determinação das pessoas obrigadas a prestar alimentos, à legitimidade para intentar a acção alimentar e aos prazos de prescrição ou caducidade (art. 10.º). Quanto à representação legal deve entender-se que tanto pode fundar-se na lei aplicável à obrigação alimentar como na lei competente segundo o Direito de Conflitos do foro¹⁵⁴.

Todavia, na fixação dos alimentos serão sempre tomadas em consideração as necessidades do credor e os recursos do devedor (art. 11.º/2). Trata-se de uma norma de Direito material especial que se sobrepõe à lei competente¹⁵⁵.

É ainda de assinalar que a Convenção não toma expressamente posição sobre a resolução das questões prévias jurídico-familiares suscitadas pelas pretensões de alimentos. Por exemplo, se um menor reclama alimentos do seu pai, mas este contesta a paternidade, qual o Direito aplicável à questão?

¹⁵² Av. n.º 145/98, de 31/7.

¹⁵³ Cf. VERWILGHEN [1972: n.º 140].

¹⁵⁴ Cf. MARTINY [1994: 204 e seg.] e FERREIRA PINTO [1992: 253 e seg.], com mais referências.

¹⁵⁵ Ver MARTINY [1994: 208 e segs.].

O legislador internacional retomou, no art. 10.º/1 a fórmula utilizada na Convenção de 1956, segundo a qual a lei aplicável à obrigação alimentar determina “Se, em que medida e de quem o credor pode reclamar alimentos”. Esta fórmula tem sido prevalentemente entendida no sentido de as questões prévias serem resolvidas pela aplicação do Direito material que rege a obrigação alimentar¹⁵⁶. O recurso ao Direito de Conflitos da ordem jurídica chamada a reger a obrigação alimentar parece excluído pela circunstância de a maioria das normas de conflitos da Convenção remeter para a “lei interna”, i.e., para o Direito material.

Dado o carácter alternativo da conexão estabelecida pela Convenção, o vínculo de que depende a obrigação de alimentos pode ser estabelecido com base na lei da residência habitual, na lei nacional comum ou na lei do foro.

Em contrapartida, as decisões proferidas em aplicação da Convenção só produzem efeitos relativamente à obrigação alimentar (art. 2.º/2). A decisão da questão prévia com base na lei aplicável à obrigação alimentar não forma caso julgado e, por conseguinte, não impede que a questão seja apreciada e decidida por forma diferente noutro processo em que se suscite a título principal ou prejudicial¹⁵⁷.

A Conferência da Haia adoptou, em 2007, um Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares, que visa modernizar as Convenções de 1956 e 1973, e que ainda não se encontra internacionalmente em vigor. Nas relações entre Estados Contratantes este Protocolo substituirá as Convenções de 1956 e de 1973 (art. 18.º).

O Protocolo aplica-se às obrigações alimentares resultantes de relações de família, designadamente as que têm por fonte o parentesco, o casamento e a afinidade (art. 1.º/1). O regime contido no Protocolo tem um âmbito de aplicação universal, visto que se aplica independentemente de uma conexão com um Estado Contratante e mesmo que a lei designada seja a de um Estado Não Contratante (art. 2.º).

O Protocolo estabelece como regra geral a competência da lei da residência habitual do credor de alimentos (art. 3.º/1). As grandes novidades

¹⁵⁶ Ver VERWILGHEN [1972: n.º 127 e seg.]; jurisprudência referida por MARTINY [1994: n. 387]; e, JAYME [1995: 208]. Cp. FERREIRA PINTO [1992: 295 e segs.] propondo que se aprecie a questão da existência ou validade do vínculo familiar “sucessivamente” pelo Direito de Conflitos do foro e pela lei reguladora da obrigação alimentar.

¹⁵⁷ Cf. VERWILGHEN [1972 n.ºs 129 e segs.].

deste Protocolo são a limitação da conexão alternativa a certas obrigações alimentares (art. 4.º) e uma certa relevância da autonomia da vontade na determinação do Direito aplicável (arts. 7.º e 8.º).

Uma conexão alternativa é estabelecida com respeito às seguintes obrigações alimentares (art. 4.º/1):

- dos pais relativamente aos filhos;
- de outras pessoas relativamente a pessoas com idade inferior a 21 anos, com excepção de cônjuges ou ex-cônjuges;
- dos filhos relativamente aos pais.

Nestes casos, se a lei da residência habitual do credor não conceder a prestação de alimentos aplica-se a lei do foro (n.º 2) e, se esta também não a conceder, a lei da nacionalidade comum das partes (n.º 4)¹⁵⁸.

Todavia, se o credor tiver recorrido às autoridades competentes do Estado da residência habitual do devedor, aplica-se, em princípio, a lei do foro, mas se esta não conceder a prestação de alimentos, aplica-se lei da residência habitual do credor (n.º 3) e, se esta também não o conceder, a lei da nacionalidade comum das partes (n.º 4).

A regra geral do art. 3.º não é aplicável às obrigações alimentares entre cônjuges e ex-cônjuges se uma das partes se opuser e a lei de outro Estado, em especial a do Estado da sua última residência habitual comum, apresentar uma conexão mais estreita com o casamento. Neste caso aplica-se a lei deste Estado (art. 5.º).

Com excepção das obrigações alimentares dos pais relativamente aos filhos ou entre cônjuges ou ex-cônjuges, o devedor pode opor-se à pretensão de alimentos com fundamento em que a obrigação não existe nem perante a lei do Estado da sua residência habitual nem perante a lei do Estado da nacionalidade comum das partes (art. 6.º).

A relevância da autonomia da vontade na determinação da lei aplicável é consagrada por duas vias.

Por um lado, para efeitos de um processo individualizado num determinado Estado as partes podem designar expressamente a lei deste Estado

¹⁵⁸ Para efeitos dos arts. 4.º e 6.º, um Estado que adopte o princípio do domicílio em matéria e relações de família pode informar a Conferência da Haia de que nos casos submetidos às suas autoridades o termo “nacionalidade” é substituído pelo termo “domicílio” tal como é definido nesse Estado (art. 9.º).

para reger a obrigação alimentar (art. 7.º/1). A designação que seja feita antes da instauração do processo deve ser objecto de um acordo, assinado pelas partes, por escrito ou registado em qualquer suporte que permita o acesso à informação aí contida (n.º 2).

Por outro lado, com excepção das obrigações alimentares perante pessoas com idade inferior a 18 anos ou que, por razão de uma deficiência ou insuficiência das suas faculdades pessoais, não estejam em posição de proteger os seus interesses, as partes podem designar como lei aplicável à obrigação alimentar (art. 8.º/1 e 3):

- a lei do Estado da nacionalidade de uma das partes;
- a lei do Estado da residência habitual de uma das partes;
- a lei designada pelas partes como aplicável, ou a lei de facto aplicada, ao seu regime de bens;
- a lei designada pelas partes como aplicável, ou a lei de facto aplicada, ao seu divórcio ou separação.

Também neste caso a designação deve ser objecto de um acordo assinado pelas partes, por escrito ou registado num suporte que permita o acesso à informação aí contida (art. 8.º/2).

O alcance desta designação é duplamente limitado. Primeiro, a questão de saber se o credor pode renunciar ao seu direito a alimentos continua submetida à lei da sua residência habitual ao tempo da designação (art. 8.º/4). Segundo, a menos que ao tempo da designação as partes estivessem inteiramente informadas e conscientes das consequências da sua designação, a lei designada não será aplicada quando a sua aplicação conduzisse a consequências manifestamente injustas ou desrazoáveis para uma das partes (art. 8.º/5).

Apesar das cautelas que rodeiam esta liberdade de designação do Direito aplicável, suscita dúvidas a sua admissibilidade relativamente a um direito que, perante muitos sistemas, entre os quais se inclui o português, é indisponível.

O direito de um organismo público exigir o reembolso de uma prestação fornecida ao credor em lugar da prestação de alimentos está submetido à lei que rege este organismo (art. 10.º).

Do art. 12.º resulta que a remissão feita para uma lei estrangeira pelas normas de conflitos do Protocolo deve ser entendida como referência material.

O art. 14.º contém uma regra de Direito material especial segundo a qual, independentemente do prescrito pela lei aplicável, devem ser tidos em conta na determinação do montante dos alimentos as necessidades do credor e os recursos do devedor, bem como qualquer compensação concedida ao credor em substituição de prestações periódicas de alimentos.

No que toca à resolução das questões prévias jurídico-familiares suscitadas pelas pretensões de alimentos é importante assinalar que o art. 11.º inclui no âmbito da lei aplicável à obrigação alimentar a questão de saber “se, em que medida e de quem o credor pode reclamar alimentos” (art. 11.º/a), ao mesmo tempo que o art. 12.º esclarece que o termo “lei” significa a lei em vigor num Estado com exclusão das suas regras de conflitos. Parece assim que, à semelhança do que se verifica com a Convenção de 1973, essas questões prévias deverão ser resolvidas pela aplicação do Direito material que rege a obrigação alimentar. Do mesmo modo, a decisão da questão prévia com base na lei aplicável à obrigação alimentar não forma caso julgado (ver art. 1.º/2).

O Regulamento comunitário sobre obrigações alimentares remete a determinação do Direito aplicável para o Protocolo de 2007 nos Estados-Membros vinculados por este instrumento (art. 15.º). No entanto, quanto à resolução de questões prévias jurídico-familiares resulta do Considerando n.º 21 do Regulamento que se aplica o Direito Internacional Privado do Estado-Membro do foro (ver também art. 19.º/2 do Protocolo de 2007 e art. 69.º/2 do Regulamento).

Enquanto o Protocolo de 2007 não entrar em vigor na ordem jurídica portuguesa, como proceder relativamente às obrigações alimentares emergentes de uma relação familiar ou relação análoga a que não é aplicável um regime convencional?

A aplicação do art. 25.º CC, conjugado com os arts. 31.º/1 e 32.º CC, não permite de per si resolver o problema, porque se trata uma relação entre dois sujeitos, que podem ter leis pessoais diferentes. Há fundamentalmente duas possibilidades de solução: recorrer à norma de conflitos que regula a relação de onde emerge a obrigação alimentar ou entender que a falta de uma norma de conflitos específica constitui uma lacuna que deve ser integrada por aplicação analógica do regime convencional.

Dada a especificidade da questão e tendo em conta a tendência que se manifesta nos sistemas estrangeiros e na unificação internacional, inclino-me a admitir a existência de uma lacuna que deve, em princípio, ser integrada mediante uma aplicação analógica do regime da Convenção de 1973.

Mas poderá este princípio de solução ser aplicado às obrigações alimentares que são subtraídas ao regime convencional por força de uma reserva?

No caso das obrigações alimentares entre cônjuges divorciados, separados ou cujo casamento tenha sido declarado nulo ou anulado, e em que a decisão de divórcio, de separação, de nulidade ou de anulação tenha sido proferida à revelia num Estado onde a parte revel não tinha a sua residência habitual, deve entender-se que a intenção do legislador internacional, ao admitir a reserva, não foi a de excluir a aplicação das regras gerais da Convenção mas, tão-somente, a de afastar a aplicação da regra especial do art. 8.º¹⁵⁹. Por conseguinte, nada obsta ao recurso às regras contidas nos arts. 4.º a 6.ª da Convenção¹⁶⁰.

Noutros casos deverá, em princípio, aplicar-se a norma de conflitos reguladora da relação familiar de que emerge a obrigação.

Ver ainda os sistemas de cooperação de autoridades instituídos pela Convenção de Nova Iorque Sobre a Cobrança de Alimentos no Estrangeiro (1956)¹⁶¹, pelo Acordo Sobre Cobrança de Alimentos entre Portugal e Cabo Verde (1982)¹⁶² e pela Convenção Sobre a Cobrança de Alimentos entre Portugal e São Tomé e Príncipe (1984)¹⁶³; Convenções sobre o reconhecimento de decisões sobre obrigações alimentares *infra* § 93 C.

57. Limites à competência da lei pessoal

Fala-se de limites à competência da lei pessoal quando matérias do estatuto pessoal são submetidas a uma lei que não é designada em função da pessoa ou das pessoas em causa. No Direito vigente, estes limites verificam-se em matéria de capacidade e decorrem principalmente do disposto no art. 11.º da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, no art. 13.º do Reg. (CE) n.º 593/2008, de 17/6/2008, Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I) e nos arts. 28.º e 47.º CC.

¹⁵⁹ Ver VERWILGHEN [1972: n.º 165].

¹⁶⁰ No mesmo sentido, FERREIRA PINTO [1992: 212].

¹⁶¹ Aprovada para adesão pelo DL n.º 45942, de 28/9/64; depósito do instrumento de adesão em 25/1/65, conforme Av. publicado no DG de 10/2/165.

¹⁶² Aprovado pelo Decreto do Governo n.º 45/84, de 3/8.

¹⁶³ Aprovada pelo Decreto do Governo n.º 44/84, de 1/8.

O art. 13.º do Regulamento Roma I estabelece um limite à competência da lei reguladora da capacidade, idêntico ao que consta do art. 11.º da Convenção de Roma¹⁶⁴, com um pequeno aperfeiçoamento de redacção. O art. 13.º estabelece que num “contrato celebrado entre pessoas que se encontram no mesmo país, uma pessoa singular considerada capaz segundo a lei desse país só pode invocar a sua incapacidade que resulte da lei de outro país se, no momento da celebração do contrato, o outro contraente tinha conhecimento dessa incapacidade ou a desconhecia por negligência”.

Por conseguinte, num contrato obrigacional entre presentes, a parte que seja capaz segundo a lei do lugar da celebração não pode invocar a incapacidade determinada pela sua lei pessoal. Também não pode invocar a incapacidade determinada por qualquer outra lei que seja aplicável à capacidade¹⁶⁵. Estabelece-se aqui uma conexão especial com a lei do lugar da celebração em matéria de capacidade.

Este limite à competência da lei pessoal fundamenta-se na protecção da confiança da contraparte e na segurança do comércio jurídico local.

Nos contratos celebrados no comércio jurídico local, deve ser protegida a confiança depositada por um dos contraentes na capacidade do outro contraente, quando este contraente é capaz segundo o Direito local. Em princípio, não é de exigir que quem contrata com um estrangeiro, capaz segundo a lei local, faça depender a decisão de contratar de uma indagação sobre o disposto, em matéria de capacidade, pelo Direito estrangeiro. Já não há uma confiança merecedora de protecção se a contraparte tem ou deveria ter conhecimento da incapacidade. Por exemplo, quando se trate de um contrato celebrado entre dois nacionais do mesmo Estado estrangeiro.

Este desvio a favor da lei do lugar da celebração já se encontrava consagrado pela jurisprudência ou pelo legislador nacional em muitos Estados comunitários.

¹⁶⁴ Nos termos do art. 11.º da Convenção de Roma num “contrato celebrado entre pessoas que se encontram no mesmo país, uma pessoa singular considerada capaz segundo a lei desse país, só pode invocar a sua incapacidade que resulte de uma outra lei se, no momento da celebração do contrato, o outro contraente tinha conhecimento dessa incapacidade ou a desconhecia por imprudência da sua parte.”

¹⁶⁵ Designadamente a *lex rei sitae*, quando esta for aplicável à capacidade, como pode suceder perante o Direito de Conflitos português por força do art. 47.º CC.

Também as Convenções de Genebra sobre Conflitos de Leis em Matéria de Letras e Livranças (1930) e em Matéria de Cheques (1931) contêm preceitos semelhantes¹⁶⁶.

O art. 2.º da Convenção de 1930, depois de determinar no seu primeiro parágrafo que a “capacidade de uma pessoa para se obrigar por letra ou livrança é regulada pela respectiva lei nacional”, acrescenta, nos dois parágrafos seguintes:

“A pessoa incapaz, segundo a lei indicada na alínea precedente, é contudo havida como validamente obrigada se tiver aposto a sua assinatura em território de um país, segundo cuja legislação teria sido considerada capaz.

“Qualquer das Altas Partes Contratantes tem a faculdade de não reconhecer a validade da obrigação contraída em matéria de letras ou livranças por um dos seus nacionais, quando essa obrigação só seja válida no território das outras Altas Partes Contratantes pela aplicação da alínea anterior do presente artigo.”

No art. 2.º da Convenção de 1931 encontramos disposições similares a estas.

No que se refere ao Direito interno português, o n.º 1 do art. 28.º CC determina que o “negócio jurídico celebrado em Portugal por pessoa que seja incapaz segundo a lei pessoal competente não pode ser anulado com fundamento na incapacidade no caso de a lei interna portuguesa, se fosse aplicável, considerar essa pessoa como capaz.”

O n.º 2 do mesmo artigo acrescenta que esta “excepção cessa, quando a outra parte tinha conhecimento da incapacidade, ou quando o negócio jurídico for unilateral, pertencer ao domínio do direito da família ou das sucessões ou respeitar à disposição de imóveis situados no estrangeiro.”

Esta norma reporta-se aos negócios celebrados em Portugal por um estrangeiro, incapaz segundo a sua lei pessoal, mas capaz perante a lei portuguesa.

O n.º 1 do art. 28.º refere-se apenas à anulação do negócio com fundamento em incapacidade. Esta referência exclusiva à figura da anulabilidade pode explicar-se pelo facto de no Direito material português a incapacidade de exercício gerar apenas a anulabilidade do acto. Mas a *ratio* do

¹⁶⁶ Ver José GONÇALVES DIAS – *Direito Internacional Cambiário. Exame da Convenção de Conflitos de 7 de Junho de 1930*, Coimbra, 1948, 37 e segs.

preceito abrange qualquer tipo de invalidade. O sentido normativo do preceito é o de obstar à invalidade do negócio celebrado por estrangeiro, com fundamento em incapacidade segundo a respectiva lei pessoal, quando o estrangeiro for considerado capaz segundo a lei portuguesa¹⁶⁷.

A consequência desencadeada pelo n.º 1 do art. 28.º é a aplicação da lei portuguesa à capacidade. Trata-se de uma norma unilateral, uma vez que esta norma determina sempre a aplicação da lei portuguesa.

Mas esta norma unilateral é de certa forma bilateralizada pelo n.º 3 do art. 28.º: “Se o negócio jurídico for celebrado pelo incapaz em país estrangeiro, será observada a lei desse país, que consagrar regras idênticas às fixadas nos números anteriores”.

Esta bilateralização é feita através de uma norma de remissão condicionada: a lei estrangeira do lugar da celebração só é aplicada, para salvar a validade do negócio, se contiver preceitos idênticos aos dos n.ºs 1 e 2 do art. 28.º. Não quer isto dizer que nesta lei tenha de haver uma norma absoluta ou formalmente idêntica. Esta exigência deve ser interpretada no sentido de a remissão para a lei estrangeira do lugar da celebração depender de duas condições. Primeiro, esta lei deve reclamar aplicação tendo em vista a protecção da confiança da contraparte e (ou) a segurança do comércio jurídico local. Segundo, não pode verificar-se qualquer dos casos previstos no n.º 2 do art. 28.º¹⁶⁸.

A hipótese prevista no art. 28.º/3 é a de negócios celebrados no estrangeiro, por pessoa que é incapaz perante a sua lei pessoal mas capaz segundo a lei do lugar da celebração. Esta pessoa tanto pode ser estrangeira como portuguesa. A consequência jurídica é a aplicação da lei do lugar da celebração, aplicação que fica sujeita às condições atrás referidas.

As regras do art. 28.º CC têm um âmbito de aplicação residual perante o disposto no art. 11.º da Convenção de Roma e no art. 13.º do Regulamento Roma I. Com efeito, o campo de aplicação fundamental do art. 28.º CC eram justamente os contratos obrigacionais, que passaram a ser abrangidos, em princípio, pelo art. 11.º da Convenção de Roma. Atendendo às exclusões estabelecidas pelo n.º 2 do art. 28.º, as regras contidas neste artigo só serão aplicáveis a contratos de Direito patrimonial que não

¹⁶⁷ Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1970: 61].

¹⁶⁸ Cp., relativamente aos negócios sobre imóveis situados em Portugal, FLORBELA PIRES [2009: 60-61].

sejam regidos pela Convenção de Roma ou pelo Regulamento Roma I¹⁶⁹. Perante o Regulamento Roma I será o caso, segundo parece, de um contrato de sociedade que se destine a instituir um ente colectivo (cf. art. 1.º/1/f do Regulamento). Por acréscimo, estes contratos não podem dizer respeito à disposição de imóveis situados no estrangeiro.

A exclusão dos negócios jurídicos unilaterais feita no n.º 2 do art. 28.º suscita reserva¹⁷⁰. O legislador terá considerado que nos negócios jurídicos unilaterais não há uma contraparte cuja confiança deva ser tutelada¹⁷¹. Mas aqui entra em jogo a tutela da confiança de terceiros cujos interesses são tocados pelo negócio jurídico unilateral. Os negócios jurídicos unilaterais podem conferir directamente direitos a terceiros ou gerar expectativas de terceiros, determinando a realização de condutas com vista à obtenção da prestação prometida. A confiança depositada por estes terceiros na capacidade do promitente estrangeiro, quando este seja capaz segundo o Direito local, mereceria igualmente tutela. Daí que se afigurasse justificado que o limite à competência da lei pessoal abrangesse os negócios jurídicos unilaterais.

Para quem entenda que o conceito de obrigação contratual relevante para a Convenção de Roma e para o Regulamento Roma I deve ser entendido em sentido amplo, por forma a abranger certos negócios unilaterais (*infra* § 65), surge a possibilidade de uma aplicação dos preceitos aí contidos em matéria de invocação da incapacidade a tais negócios unilaterais.

Por último, cabe referir o limite à competência da lei pessoal em matéria de capacidade estabelecido pelo art. 47.º CC. Segundo este artigo “É igualmente definida pela lei da situação da coisa a capacidade para constituir direitos reais sobre coisas imóveis ou para dispor deles, desde que essa lei assim o determine; de contrário, é aplicável a lei pessoal.”

A capacidade que está aqui em causa é a capacidade genérica. A capacidade específica para constituir ou dispor de direitos reais é regulada pela norma de conflitos do art. 46.º em conformidade com o critério anteriormente exposto (*supra* § 55 A).

¹⁶⁹ Ver ainda FLORBELA PIRES [2009: 64-66].

¹⁷⁰ Ver também ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1970: 63].

¹⁷¹ Cf. BAPTISTA MACHADO [1982: 342]. Esta exclusão não constava dos Anteprojectos de 1951 e 1964.

O art. 47.º contém uma remissão condicionada ao Direito estrangeiro: a lei da situação da coisa será aplicada à capacidade desde que reclame aplicação.

É o que se verifica, por exemplo, com a capacidade para dispor de um imóvel situado em Inglaterra.

Esta concessão à *lex rei sitae* fundamenta-se no princípio da maior proximidade. A lei da situação do imóvel está em posição privilegiada para impor o seu ponto de vista sobre a solução do caso. Este fundamento tem, porém, um alcance muito limitado. A aplicação da *lex rei sitae* à capacidade não é uma condição necessária ao reconhecimento de uma sentença estrangeira quando no Estado da situação do imóvel vigora um sistema de reconhecimento de sentenças estrangeiras essencialmente formal; e também não é uma condição suficiente quando, como sucede entre nós, os tribunais do Estado da situação do imóvel reclamam competência exclusiva para as acções relativas a direitos imobiliários¹⁷².

Quer da letra do preceito quer do seu fundamento resulta que só é aplicável à capacidade relativamente a imóveis situados no estrangeiro.

A *lex rei sitae* será aplicável à capacidade mesmo que se considere competente a outro título (por exemplo, a título de lei da residência habitual ou de lei do lugar da celebração)?

Se o fundamento é o princípio da maior proximidade o que interessa é que a *lex rei sitae* reclame aplicação, sendo indiferente o título a que o faz.

¹⁷² A intenção do legislador, porém, vai inequivocamente no sentido de consagrar este desvio a favor da *lex rei sitae* independentemente de ser uma condição necessária e suficiente do reconhecimento da decisão portuguesa no Estado da situação do imóvel, como resulta da circunstância de o art. 5.º/2 do Anteprojecto de 1964 não ter passado para o Código Civil e da autonomia que já neste Anteprojecto o art. 31.º (que está na origem do art. 47.º CC) apresentava relativamente ao art. 5.º/2. Cp. MOURA VICENTE [2001: 143].