

RUI MANUEL GENS DE MOURA RAMOS

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

DAS RELAÇÕES PRIVADAS INTERNACIONAIS

Estudos de Direito Internacional Privado



COIMBRA EDITORA

1995

DOS DIREITOS ADQUIRIDOS EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO (*)

1. O século XIX foi palco, na Europa e na América de expressões luso-espanhola, da eclosão de numerosos movimentos de independência que, na sua maioria bem sucedidos, vieram alterar completamente o quadro político tanto do Velho como do Novo Mundo. O princípio das nacionalidades — verdadeiro motor, no plano ideológico, de todas as acções de libertação então empreendidas — não tivera a sua génese num ambiente mental caracteristicamente «chauvin», antes mergulhava as suas raízes na temática que presídira à Revolução de 1789 e que a Guerra da Independência dos Estados Unidos da América do Norte, e, em grau bem maior, as lutas napoleónicas, tinham levado a grande parte do Mundo Ocidental. Pode talvez dizer-se que estes dois factos — o aparecimento de uma multiplicidade de novos Estados ciosos da sua soberania una e indivisível, tal como a concebiam os doutrinadores da segunda metade do século XVIII⁽¹⁾, e a difusão de um ideário universalista ou internacionalista sublinhando a identidade dos problemas e a comunhão nas aspirações humanas — vieram influenciar substancialmente, entre outros, o mundo do Direito, e, dentro deste, o domínio do Direito Internacional Privado.

(*) 1974, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. L.

(1) Sobre a noção, dita «imperial», de soberania tal como resultou da Revolução Francesa, cfr. F. Lucas Pires, *Soberania e Autonomia*, Coimbra, 1974 (separata do vol. XLIX, 1973, do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*), pp. 123-131.

É assim que o movimento codificador, que começando pelo direito material em breve vira a abranger as próprias normas de conflitos, e a concepção da comunidade de direito tão cara a Savigny e que profundamente influenciou as construções teóricas do século XIX, se por um lado caracterizam marcadamente o momento jurídico de há cem anos atrás, aparecem-nos como a refração no campo do Direito dos dois fenômenos que começámos por mencionar.

O direito internacional privado, em particular, passa a revestir um carácter marcadamente legal e nacional pela sua fonte, e a ser incluído nas grandes codificações que permaneceram como marcos de uma época (2); e, ao mesmo tempo, começa a ser dominado pela já referida ideia da comunidade de direito, que vem permitir a aplicação livre e sem peias do direito estrangeiro, nessa qualidade, no Estado do foro (3). Subjacente a este estágio evolutivo do DIP havia pois como que uma contradição: enquanto se prosseguia na construção de sistemas todos eles possuídos de um sentido marcadamente universalista, esses mesmos sistemas, divergindo em pontos muitas vezes essenciais ainda que animados de vocação comum, iam sendo incorporados nas várias ordens jurídicas. Pelo que nos achávamos perante normas internacionais pela sua função mas que permaneciam estaduais pela

(2) É pois nesta altura que o Direito Internacional Privado perde o carácter de «droit intercoumunièr universel», que era o seu desde a época dos glosadores. Assim P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Précis de Droit International Privé*, 9.ª edição, ed. por Yvon Loussouarn, Paris, 1970, n.º 279.

(3) É sabido, no entanto, que uma doutrina houve — a doutrina norte-americana dos «vested rights» — que se manteve fiel ao dogma da territorialidade das leis e ao seu corolário — a ideia da não aplicação como tal do direito estrangeiro. Recorria-se então à noção de direito adquirido (vested right) sustentando ser este — o direito adquirido à face da lei estrangeira — e não esta, como tal, que o juiz do foro reconhecera.

Não nos deteremos mais tempo sobre esta doutrina, apesar de se chamar também de direitos adquiridos, na medida em que ela, negando a consideração e o reconhecimento como tais das leis estrangeiras, não se apercebe de forma alguma dos problemas que põe modernamente o reconhecimento dos direitos adquiridos, problemas que constituem o objecto deste estudo.

Sobre a doutrina dos «vested rights», ver, p. ex., FERRER CORREIA, «La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales», in *Multitude Legum Ius Unum*, vol. II, Berlin, 1973, pp. 285-287, e autores aí citados.

sua fonte, o que a teoria do desdobramento funcional explicava pelo atraso, em matéria organizatória, em que se acharia a comunidade internacional (4).

Só que a coexistência entre os dois referidos vectores, se possível de imaginar num plano estático, não poderia resistir, como não resistiu, à evolução do direito internacional privado. E foi assim que a tendência para a integração num diploma único de todas as regras de direito fez com que «cada Estado entrasse de legislar à sua guisa sobre os conflitos de leis, e rapidamente aconteceu que cada qual passou a ter um DIP para uso próprio», no dizer do Prof. Ferrer Correia (5). Desacompanhada de um prévio acordo sobre o conteúdo preciso dos vários preceitos legais em que na óptica do universalismo reinante se deveriam vaziar as respostas à multiplicidade de problemas suscitados pelas relações privadas internacionais, a «nacionalização», acima referida, do Direito Internacional Privado, dificilmente poderia deixar de se traduzir, como se traduziu, na aparição de uma variedade de sistemas muitas vezes completamente diferentes, assentando em princípios divergentes, visando responder a questões que se reconhecia já na altura só poderem ser cabalmente resolvidas se, como estava no espírito do universalismo pouco antes vigente, todos os sistemas legais tomassem posições uniformes.

E, como na esteira de Savigny (6) se admitia ser o problema chave do DIP o da escolha para cada tipo de relação jurídica da lei que mais se ajustasse à sua natureza, os inícios do nosso século patenteiam-nos uma variedade de sistemas de conflitos de leis, sistemas em que se procurava, em cada país, eleger, para cada tipo de relação jurídica internacional, a lei nacional mais adequada à sua regulamentação. E se à divergência de Regras de Conflito de países para países juntarmos ainda a sua consideração enquanto «um *prius* absoluto

(4) Sobre a teoria do desdobramento funcional, cfr. BAPTISTA MACHADO, *Licções de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1974, p. 31.

(5) *Licções de Direito Internacional Privado*, Universidade de Coimbra, 1973, p. 188.

(6) Sobre o ensino de Savigny ver, entre outros, FERRER CORREIA (*Licções, cit.*, pp. 161-167), BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, Coimbra, 1970, pp. 29-49, e PAVEL KALENSKY, *Trends of Private International Law*, Praga, 1971, pp. 180-87.

relativamente à aplicabilidade do direito por elas designado e o fundamento substancial dessa mesma aplicabilidade»⁽⁷⁾, teremos de convir na inidoneidade deste *status quo legal* e doutrinal para assegurar a uniformidade de valoração das situações jurídicas plurilocalizadas — fim indiscutido do DIP — e de concordar com o juízo expresso já em 1897 por BARTIN no título do seu artigo publicado no *Journal de Droit International*: «De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois».

A progressiva consciência da eternização de um estádio que alguns julgavam não passar de transitório e a impossibilidade de garantir a continuidade das situações jurídicas firmadas no estrangeiro⁽⁸⁾ levaram à conversão do nacionalismo numa atitude de irredutível ensinamento que, em breve acompanhada pelo método positivo por essa altura instalado na interpretação da ciência do Direito, conduziu à concepção das Regras de Conflitos como «mera projecção das instituições nacionais sobre o plano do direito internacional»⁽⁹⁾ e ao total abandono dos desígnios universalistas que os cultores máximos do DIP no século XIX tanto tinham proclamado⁽¹⁰⁾. É na sequência lógica destas atitudes que nos surge a posição de

(7) BARTISTA MACHADO, *Âmbito*, cit., pp. 30-31; ver ainda RUDOLFO DE NOVA, «Historical and Comparative Introduction to conflict of laws», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (de ora em diante citado apenas *Recueil des Cours*), 1966, II, p. 570.

(8) Neste sentido, *supra*, página anterior.

(9) BARTIN, *Études de droit international privé*, Paris, 1899, prefácio, p. II. Parece contudo ter sido Wächter o primeiro campeão da ideia de que as Regras de Conflito eram parte do direito positivo de cada Estado. Este autor negava a existência de qualquer autoridade superior ao direito estadual, apenas permitindo a aplicação do direito estrangeiro quando chamado pela lei do foro. Sobre Wächter ver DAVID F. CAVERS, «Contemporary Conflicts Law in American Perspective», *Recueil des Cours*, 1970, III, p. 96 ss.

(10) Não esqueçamos neste momento as construções doutrinárias do DIP — como a de ZITTELHANN e a de FRANKENSTEIN — que, já no século XX, não deixaram de agitar o pendão do universalismo: unicamente lhes não fazemos expressa referência no texto na medida em que não logramam, talvez também pela sua excentricidade face aos modelos correntes, contrariar as concepções dominantes.

Sobre as teorias de ZITTELHANN e FRANKENSTEIN ver FERRER CORREIA, *Licções*, cit., pp. 178-187 e autores e obras aí referidas.

KAHN sobre o carácter absoluto da Regra de Conflitos do foro⁽¹¹⁾, posição que não pode deixar de evidenciar a rendição a uma crua realidade: a de que a estrutura legal e doutrinal posta em pé pelo DIP não servia os fins essenciais que se tinha proposto — a referida uniformidade de valoração das situações jurídicas pluri-localizadas e a consequente garantia da continuidade das situações jurídicas constituídas no estrangeiro.

Os conflitos permaneciam. Não já de leis materiais, mas de sistemas conflituais criados para resolver os primeiros.

2. Apesar do seu não descompromisso em relação à perspectiva savigniana — que segundo uma posição recente⁽¹²⁾ determinava inelutavelmente as consequências a que doutrinas como a de KAHN chegavam —, grande número de autores se foram apercebendo do desfasamento entre os fins propostos ao DIP e as soluções a que se chegava pela aplicação dos seus mecanismos. Daí uma necessidade de revisão destes mecanismos e da sua actuação a que se vem assistindo desde os últimos anos da década de 30 até aos nossos dias. E, dado o carácter essencial do desfasamento apontado, natural era que a citada revisão viesse a incidir sobre um dos dogmas básicos da ciência do direito internacional privado de então — o do carácter absoluto e ilimitado da Regra de Conflitos do foro. A ideia de que era a Regra de Conflitos do foro que iniciava sempre o caminho para a designação da lei competente para reger uma determinada⁽¹³⁾ relação da vida privada internacional começa a ser posta em causa em certos aspectos. Daí os modernos sistemas de limitação da Regra de Conflitos do foro. A possibilidade de serem reconhecidas no foro

(11) KAHN, *Abhandlungen Zum internationalen Privatrecht*, vol. 1, Leipzig, 1928, pp. 301 e 302 (referência colhida em BARTISTA MACHADO, *Âmbito*, cit., p. 30).

(12) BARTISTA MACHADO, *Âmbito*, cit., Primeira Parte, Secção II, pp. 29-91.

(13) RUDOLFO DE NOVA, *ob. e loc. cit.*, nota 6. Muito embora esta ideia continue a encontrar eco em autores recentes e em obras fundamentais dedicadas à teoria das normas de conflitos. Assim, p. ex., em FRANCE DEBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, 1973, pp. 297-298 e Parte III, Título I, *passim*, e PIERRE MAVER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973, pp. 163-164.

situações constituídas no estrangeiro à face de ordens jurídicas que não eram as reconhecidas como competentes pelo DIP do foro, passa a ser aventada. Daí o «novo» problema do reconhecimento dos direitos adquiridos. Os actuais esforços de integração supra-estatal viriam ainda a impor uma maior coordenação entre os vários ordenamentos existentes. Daí, também, a ideia de consideração das Regras de Conflitos estrangeiras (14).

Pretende-se neste trabalho fazer um pequeno balanço do estado destas questões e uma breve apreciação aos projectos de solução avançados de vários quadrantes para um problema que, de certo modo, e pelo menos para os que aceitarem os pilares savignianos em que assenta o edifício do DIP, é, simultaneamente, de reconhecimento de direitos adquiridos, de caracterização da amplitude de funções da Regra de Conflitos do Foro e da possibilidade de consideração das Regras de Conflitos estrangeiras. Girando estas três questões à volta de uma basilar, qual é a da protecção das expectativas das partes na validade de situações criadas à sombra de leis que consideravam como portadoras de competência para regular os actos da sua vida, protecção essa que se consubstancia em grande medida no reconhecimento dos direitos à face delas constituídos, passaremos de ora em diante a considerar a questão apenas como o problema dos direitos adquiridos.

3. Impõe-se-nos agora delimitar o âmbito deste estudo, na medida em que não nos ocuparemos de todas as situações constituídas perante uma lei estrangeira cuja competência não colha o beneplácito da Regra de Conflitos do foro correspondente. O esboço de uma teoria geral teria que partir sempre da exclusão daqueles

(14) Nesta perspectiva, cfr., o estudo de ALEXANDRE MAKAROV, «Les cas d'application des règles de conflit étrangères», *Revue Critique de Droit International Privé* (de ora em diante citada apenas *Revue*), vol. XLIV, 1955, pp. 431-457. Mais recentemente, escreveu FRANCE DEBY-GÉRARD: «Le problème du choix de la règle de conflit — règle étrangère ou règle du for — se pose en termes aigus dans la science du droit international privé contemporain depuis que, raisonnant sur certaines espèces de renvoi, la doctrine a fait ressortir la divergence, résultante de leur caractère national et particulariste, des règles de conflit de lois propres à chaque système juridique». Cfr. *Le rôle*, cit., p. 4.

casos que, ou não podem achar resposta cabal no esquema final a pro-
por, ou antes são passíveis de mais adequado enquadramento em sede diferente.

a) Parece-nos pertencer a esta última hipótese o caso daquelas situações ou direitos que, muito embora constituídos no estrangeiro por aplicação de leis não consideradas competentes pelo DIP do foro, vieram posteriormente a ser objecto de uma decisão judicial (15). Em casos como este o problema apresenta-se doutra forma, pois que as expectativas das partes na regularidade dos actos praticados ou das situações em que se encontram se fortalecem muito mais, dada a força de uma decisão transitada em julgado que lhes outorgou ou confirmou os respectivos direitos e situações jurídicas (16). Parece-ria pois que se justificava aqui um abrandamento da exigência de respeito absoluto pelo comando da Regra de Conflitos do Foro dado que pode pensar-se, com JACQUES FOYER (17), que «vérifier si le juge

(15) Estes casos são os únicos em que segundo PIERRE MAVER há que considerar a ordem jurídica à sombra da qual a situação se constituiu. Cfr. *La distinction*, cit., p. 224. Em sentido contrário ver FRANCE DEBY-GÉRARD, *op. cit.*, pp. 301-330.

(16) Em sentido idêntico se exprime o Prof. FERRER CORREIA no seu estudo «La Reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers», *Rapport général au VIII^e Congrès de l'Accadémie Internationale de Droit Comparé*, Coimbra, 1970. Assim a p. 7: «la décision passée en force de chose jugée met fin au litige, affirme les expectatives des intéressés, consolide les droits qui avant le jugement apparaissaient peut-être comme incertains et douteux». O mesmo autor também perfilha a ideia de que o caso a que nos referimos deve ser distinguido daqueles em que sobre a relação em causa não recuou qualquer sentença judicial — neste sentido a nota 66 in fine do estudo citado *supra* na nota 1 da p. 7.

(17) JACQUES FOYER, *Filiation Illégitime et Changement de la loi applicable*, Paris, 1964, p. 275.

A tendência para uma atenuação do jogo da Regra de Conflitos do foro nos casos em que tenha sobre vindo uma sentença judicial parece encontrar eco em BATTIFOL e por ele no Anteprojecto francês de Reforma do Direito Internacional Privado aprovado a 1 de Julho de 1959. Assim, para BATTIFOL, «a Regra de Conflitos francesa deve apagar-se no caso em que uma sentença estrangeira teria estatuído sobre situações que quando nasceram não tinham qualquer relação com o sistema francês» («Principes de droit international privé», *Recueil des Cours*, 1958, p. 454). E o referido Anteprojecto, no seu artigo 20, depois de afirmar que «l'exécution est refusé au jugement qui n'a pas appliqué la loi compétente d'après les règles françaises de conflit», não deixa de acrescentar que «l'exécution est néanmoins accordé

étranger a bien appliqué la loi qui aurait été compétente d'après les règles françaises de conflit de lois relève, sans conteste, d'un certain esprit de méfiance à l'encontre des systèmes étrangers». O abrandamento referido, no entanto, e para os autores e diplomatas legais que por ele propugnam, parece-nos mais ser consequência de uma tomada de posição sobre as condições ⁽¹⁸⁾ do reconhecimento das sentenças estrangeiras, do que de um perspectivar da questão dos direitos adquiridos em si. Por isso se nos afigura mais recomendável considerar os casos de direitos ou situações constituídas no estrangeiro e objecto de uma sentença estrangeira como enquadrados no problema geral do reconhecimento de sentenças estrangeiras, e não nos simples actos, direitos ou situações, na medida em que os interesses em causa são precisamente os que se defrontam na resolução do problema do reconhecimento das sentenças estrangeiras e não coincidem em toda a sua extensão com os que estão presentes no problema do reconhecimento dos direitos adquiridos no estrangeiro. Concluímos assim pela maior afinidade destes casos com a questão do reconhecimento de sentenças estrangeiras, pelo que os consideraremos fora do objecto deste estudo ⁽¹⁹⁾.

b) Um outro tipo de casos não será por nós considerado, por nos parecer mais legítimo o seu enquadramento num diferente sector da parte geral do direito internacional privado: trata-se daquelas questões

si la loi appliquée par le jugement étranger est celle que désignent les règles concordantes de conflit de lois des États avec lesquels la situation présentait lors de la décision des éléments de rattachement» (citado por JACQUES FOYER, *op. cit.*, p. 277).

⁽¹⁸⁾ Cfr. nota anterior.

⁽¹⁹⁾ Em matéria de reconhecimento de sentenças estrangeiras, a lição que emerge do direito comparado como consequência da cada vez maior aceitação do princípio da revisão formal é a de que, segundo o Prof. FERRER CORREIA, «le juge de l'État requis ne peut pas refuser la reconnaissance ou l'exécution pour la seule raison que le tribunal d'origine a appliqué une loi autre que celle qui aurait été applicable d'après les règles de droit international privé du pays requis» (*La reconnaissance*, cit., p. 67). É esta a orientação da Convenção da Haia de 1966 e, com algumas restrições, a dos sistemas vigentes em Portugal e na Alemanha. O sistema francês, no entanto, depois do «arrêt Munzer» que aboliu a revisão de fundo, continua a exigir o controlo da competência da lei aplicada ao fundo da causa (ver FERRER CORREIA, *op. cit.*, pp. 39-42, e FRANCE DEBY-GÉRARD, *op. cit.*, pp. 364-416).

em que o estatuto da situação jurídica ou do direito «adquiridos» no estrangeiro não surge como objecto fundamental de uma acção, antes como simples condição da existência ou da validade de uma outra situação jurídica. Nestes casos, o problema afigura-se dever ser tratado no âmbito específico do tema da questão prévia, e isto pelas mesmas razões atrás invocadas: o problema da questão prévia coenvolve uma tomada de posição sobre a lei reguladora da questão incidental ou prévia (traduz-se até mesmo nisso), lei essa que, para muitos ⁽²⁰⁾, não será a indicada pela Regra de Conflitos do foro mas a indicada pelas Regras de Conflitos do sistema que rege a questão principal. Ele é, em si mesmo, uma limitação do jogo absoluto e ilimitado do DIP do foro. De qualquer forma, se como questão incidental surgir o problema de uma situação ou direito adquirido no estrangeiro, será no quadro da doutrina da questão prévia que deverá ser equacionado e resolvido. Por isso mesmo nos não ocuparemos aqui de outro tipo de casos.

c) Afastados do nosso tema, por nele se não integrarem perfeitamente, os casos em que a situação jurídica ou direito, adquiridos no estrangeiro, se não apresentam a título principal, antes incidental, e ainda aqueles em que essa situação ou direito foram objecto de uma sentença judicial, há ainda uma outra questão de que não trataremos neste nosso trabalho. E agora não já por razões de melhor enquadramento sistemático, mas porque o fundamento que julgamos poder invocar para o reconhecimento de direitos ou situações constituídos no estrangeiro, por aplicação de uma lei a que a Regra de Conflitos do foro denega competência para o efeito, não abrange, decididamente, as situações jurídicas criadas *ex lege* ⁽²¹⁾. Se nos aparece como claro que um acto ou situação jurídica que, tendo na sua base

⁽²⁰⁾ Sobre o problema da questão prévia ver FERRER CORREIA, «Da questão prévia em direito internacional privado», in *Estudos Jurídicos*, III, Coimbra, 1970, pp. 242-281, e BAPTISTA MACHADO, *Lições*, cit., pp. 286-335 e autores e obras aí citados. Em sentido contrário ver FRANCE DEBY-GÉRARD, *op. cit.*, pp. 301-330.

⁽²¹⁾ Neste sentido, já na exposição de motivos do projecto de Lei Uniforme relativa ao direito internacional privado do Tratado Benelux se escreveu: «Les droits qui trouvent leur source directement dans la loi ne sont pas considérés aussi facilement comme droits acquis que ceux nés d'un acte juridique» (cfr. *Revue*, 1952, p. 385 ss.).

a autonomia das vontades individuais e que se tenha constituído no estrangeiro à luz de uma lei que para lhe dar efeitos jurídicos se reconhecia como competente, não deve ser pura e simplesmente considerado como não-existente, sem mais, no Estado do foro, apenas por que a Regra de Conflitos deste não reconhece competência à lei à sombra da qual o acto ou situação se constitui — e isto porque tal atitude iria contrariar injustificadamente as legítimas e fundadas expectativas das partes na tutela jurídica dos seus comportamentos quando conformes a uma lei que fundamentalmente julgaram ter competência para os regular (22) —, o mesmo não podemos dizer já das situações jurídicas criadas *ex lege*. Com efeito, em casos como este, havendo duas leis que entre si divergiam na criação de um efeito jurídico e de um direito (23), claro é que cada uma delas atribui a duas pessoas diferentes, que a partir daí teriam uma expectativa fundada no seu reconhecimento, o que originaria um conflito insanável, na medida em que se não poderiam invocar as justas expectativas de A na regularidade de uma situação que contraria frontalmente as igualmente justas expectativas de B na irregularidade da mesma situação. Parece estarmos aqui perante um caso de autêntico conflito, para a solução do qual importa observar o critério do Estado do foro plasmado na Regra de Conflitos deste (24).

4. As observações a produzir de ora em diante terão, portanto, por objecto apenas os direitos (ou situações jurídicas) adquiridos (ou constituídas) no estrangeiro por aplicação de uma lei que se considerava competente, mas a quem o DIP do foro não reconhece tal competência, direitos ou situações que tenham tido a sua origem num acto ou negócio jurídico, que se apresentem a título principal e que não tenham sido objecto de uma sentença judicial transitada em julgado.

(22) Considerando também o princípio da previsibilidade das soluções como essencial ao Direito Internacional Privado, cfr. ANNIE TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Paris, 1972, p. 10.

(23) Estamos a pensar em casos como o poder paternal, os poderes de administração dos cônjuges face aos bens comuns, etc.

(24) Neste sentido vide ainda FERRER CORREIA, *La doctrine...* cit., p. 314, e BAPTISTA MACHADO, *Litôges*, cit., p. 174.

Tem-se entendido que a confiança das partes na validade dos seus actos jurídicos, enquanto conformes a uma lei que se tem como competente, deve ser respeitada, ao menos de alguma forma e em certos casos. Recorre-se, então, à ideia de direito adquirido, que alguém já classificou como «un penchant naturel de l'esprit» (25).

Esta ideia é de alguma forma traduzida por grande número de autores. Assim, W. WENGLER (26) lembra que «a conduta das pessoas é influenciada pelo conhecimento que porventura elas tenham sobre qual poderá ser a última decisão do tribunal, de conformidade com as regras jurídicas aplicáveis por esse tribunal». E HAROLDO VALLADÃO (27) considera «o princípio dos direitos adquiridos como consequência directa dos textos (entre os quais a Declaração dos Direitos do Homem da ONU) que proclamam a equiparação do estrangeiro ao nacional e lhe reconhecem a personalidade, base do respeito pelos seus direitos adquiridos»; e acentua que «o reconhecimento de direitos adquiridos no estrangeiro é o acatamento a uma relação de vida, necessária à expansão da pessoa humana no espaço» (28). E já VON BARH (29) observara que «a não tolerância do nascimento de uma árvore no nosso terreno não deve impedir que, plantada no vizinho, os respectivos frutos sejam aceites se aqui não produzirem resultados danosos».

Mau grado o carácter geral desta e de muitas outras formulações que se poderiam enumerar, o princípio dos direitos adquiridos não se acha perfeitamente traduzido na maior parte dos textos legais e doutrinais; na realidade, ele pressupõe uma tomada de posição clara face ao dogma do carácter absoluto e ilimitado da Regra de Conflitos do foro, que nos vem desde os primeiros tintos do nosso século, mas que, para alguns autores, entronca já na concepção savigniana (30). E deve também ter pesado na atitude da doutrina e da jurisprudên-

(25) PH. FRANCESCAKIS, *La Théorie du Renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, p. 196.

(26) W. WENGLER, «The General principles of private international law», in *Recueil des Cours*, 1961-III, p. 371.

(27) H. VALLADÃO, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, 1971, p. 485.

(28) *Idem*, *ibidem*, p. 490.

(29) Citado por H. VALLADÃO, *op. e loc. cit.*, p. 487.

(30) BAPTISTA MACHADO, *Ámbito*, cit., p. 35.

cia o juízo de JACQUES FOYER, ao afirmar que «o princípio da aplicação pelo juiz do foro da sua própria Regra de Conflitos se é por vezes injustificado, constitui no entanto a pedra angular de todo um edifício. Se se lhe começa a minar a base, não se sabem as consequências que isso irá ter»⁽³¹⁾. Somos assim propensos a acreditar que a doutrina dominante, talvez por carência de uma nova concepção do DIP que lhe permita ver o problema a uma outra luz⁽³²⁾, continua a navegar, ainda que inconscientemente, em águas próximas das de J. FOYER. Com efeito, se não mais se ouviu, em defesa do dogma da aplicabilidade ilimitada da Regra de Conflitos do foro, o célebre dito de BARTIN — «Le législateur ne serait plus maître chez lui»⁽³³⁾ —, há que recordar, entre outros, PAUL LAGARDE⁽³⁴⁾, para quem o princípio de que o juiz aplica a sua Regra de Conflitos «c'est (...) une condition si élémentairement claire que les auteurs ne jugent pas utile de la formuler, ou s'ils le font, c'est du bout des lèvres»⁽³⁵⁾.

5. De alguma forma se havia no entanto de decidir o confronto que se adivinha entre as duas posições que acabámos de referir. E a ideia da consideração do princípio dos direitos adquiridos como exigência profunda de um sentimento de justiça⁽³⁶⁾ seria por si só o fundamento de uma posição como a de NIEDERER.

⁽³¹⁾ JACQUES FOYER, *op. cit.*, p. 279.

⁽³²⁾ Neste sentido, particularmente, BAPTISTA MACHADO, *Âmbito, cit.*, Primeira Parte, Secção II, *passim*.

⁽³³⁾ BARTIN, *De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois*, Clunet, 1897, p. 239.

⁽³⁴⁾ PAUL LAGARDE, «La règle de conflit applicable aux questions préliminaires», *Revue*, 1960, n. 8, p. 11.

⁽³⁵⁾ Neste sentido julgamos particularmente expressiva a formulação de MAX GURTZWILLER: «Par principe le droit international privé ressortit au droit interne des États. Il s'ensuit que le juge observera les règles de conflit de son pays, et qu'il n'observera qu'elles seules» (*Internationales Privatrecht: Das gesamte Deutsche Recht*, vol. I, 1931, p. 1551 — referência colhida em A. MAKAROV, *op. cit.*, p. 431). Também MAKAROV resume da forma seguinte a doutrina dominante: «Le juge appliquera, dit-on, les règles de conflit du for, précisément parce qu'elles appartiennent au droit national».

⁽³⁶⁾ Ver autores citados na p. 21.

Preocupação patente neste autor parece-nos ser a de dar resposta ao problema dentro dos precisos quadros dogmáticos já elaborados pela doutrina internacional-privatística; preocupação essa que, ao atentarmos na situação antiética das posições referidas no número anterior, antecipadamente nos aparece como condenada ao inelutável malogro que espera todas as tentativas de quadratura do círculo. Porque o equilíbrio aqui é assaz difícil de obter: ou as exigências de justiça nos levam a reconhecer os direitos (e as situações jurídicas) adquiridos (ou constituídas) à sombra de sistemas conflituais que não o do foro — o que implica a revisão da concepção da Regra de Conflitos tal como a vimos configurada em SAVIGNY, DE NOVA e na grande maioria da doutrina moderna⁽³⁷⁾ —, ou a manutenção do dogma do carácter absoluto e ilimitado da Regra de Conflitos impede o reconhecimento de todo e qualquer direito (ou situação) adquirido (ou constituída) à luz de um sistema conflitual estrangeiro⁽³⁸⁾. A única saída que restou a NIEDERER, dentro do quadro dogmático estabelecido, foi a da integração da problemática dos direitos adquiridos — dada a fundamentação que lhe reconhece na ideia de justiça — no único instituto da dogmática internacional-privatística que, ancorado em fundamento semelhante, permite a evicção da Regra de Conflitos do foro: a ordem pública. Para este autor, a teoria dos direitos adquiridos não é mais que um complemento da ordem pública⁽³⁹⁾. E o juiz deveria aplicar o direito a que a nossa Regra de Conflitos denega competência, quando da sua não aplicação adviesse grave dano para a justiça.

⁽³⁷⁾ *Supra*, p. 15 e nota 12 da mesma página.

⁽³⁸⁾ Isto mesmo parece poder dizer-se que já fora entrevisto em 1944 por W. Wengler com o seu estudo sobre os princípios gerais de Direito Internacional Privado e os seus conflitos, pois lá se escreve (cfr. a tradução francesa in *Revue*, 1953, p. 53 ss.): «C'est la règle de conflit de la lex foi qui dit quel État est à ses yeux le plus fort. Quand on renonce à cette idée, on arrive à une autre solution, celle de l'article 21 du Projet de droit international privé de la Commission de réforme du Code Civil».

⁽³⁹⁾ Assim, expressamente, MAKAROV, *op. cit.*, p. 447. Também no mesmo sentido FERRER CORREIA, *Ligções, cit.*, p. 537, e BAPTISTA MACHADO, *Ligções, cit.*, p. 170. Para a exposição da doutrina de NIEDERER ver o seu *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, Zurich, 1954, p. 319 ss.

Que saibamos, a doutrina foi unânime em criticar esta posição, em nome da base puramente subjectiva em que assenta ⁽⁴⁰⁾, da extrema incerteza do critério que nela se propõe ⁽⁴¹⁾, da insegurança jurídica que não pode deixar de gerar ⁽⁴²⁾. O que essa mesma doutrina não soube ou não quis concluir, da rejeição das proposições de NIEDERER, foi a confirmação da impossibilidade de ver resolvido o problema dos direitos adquiridos no quadro dogmático do DIP tal como ela mesma o construía. O mesmo é dizer que a ideia de direitos adquiridos em Direito Internacional Privado, tal como moderadamente se concebe, determina — se não pressupõe — aquela revisão dos quadros da dogmática internacional privatística tão cara a BAPTISTA MACHADO ⁽⁴³⁾.

6. A doutrina dominante continuou no entanto a navegar em águas totalmente diversas das que acabamos de indicar. E assim, não efectuada a revisão dos pressupostos dogmáticos em que assentava, e inviabilizada a hipótese de conseguir um equilíbrio entre os dois campos, apenas lhe restava o tratamento da questão dos direitos adquiridos mediante o privilegiar de um dos extremos: ou a exigência de justiça que pugnava por um maior reconhecimento das situações constituídas no estrangeiro, ou o respeito pelo carácter absoluto e ilimitado da Regra de Conflitos do foro que não poderia deixar de reservar para escassos casos aquele reconhecimento. É ao longo destas duas vias principais e das suas variantes que se vão encontrar as várias posições doutrinárias e legais que passaremos a referir.

7. Como soluções a que poderemos chamar mais radicais, na medida em que defenderam nos mais latos termos o reconhecimento de direitos (ou situações) adquiridos (ou constituídas) no estrangeiro ao abrigo de leis não consideradas competentes pelo sistema confidencial do foro, há que começar por referir todas aquelas que se enqua-

⁽⁴⁰⁾ MAKAROV, *op. e loc. cit.*

⁽⁴¹⁾ FERRER CORREIA, *op. e loc. cit.*

⁽⁴²⁾ BAPTISTA MACHADO, *op. e loc. cit.*

⁽⁴³⁾ BAPTISTA MACHADO, *Ambito, cit., passim.*

dram no largo conjunto de teorias unilateralistas ⁽⁴⁴⁾. Atribuindo à Regra de Conflitos do foro a mais modesta função de delimitar o âmbito de aplicação das normas materiais deste ordenamento, e justificando a aplicação de uma lei a cada situação internacional por um elemento voluntarístico — a sua vontade de aplicação — que seria vazado na regra de direito internacional privado, os seguidores desta corrente são levados logicamente a reconhecer no Estado do foro todos os direitos e situações jurídicas adquiridos e constituídos no estrangeiro de acordo com uma lei que se considerasse competente ⁽⁴⁵⁾. O que se traduziria numa protecção praticamente total dos direitos ou situações adquiridos ou reconhecidos no estrangeiro, na medida em que apenas ficariam de fora os chamados casos de vácuo jurídico — aqueles em que não há qualquer norma que face à situação jurídica concreta se apresente dotada de uma vontade de aplicação — casos esses, em que no entanto, não há problema de direitos adquiridos, por não serem aí concebíveis expectativas na aplicação de qualquer lei. Quanto aos chamados casos de cúmulo jurídico, o problema, na sede que nos ocupa, só existirá se das duas leis que se consideram competentes para regular a situação jurídica uma validar e a outra invalidar o direito em causa. Temos para nós que, em situações deste tipo, os direitos ou situações em causa deverão ser sempre reconhecidos desde que uma das leis portadoras da referida vontade de aplicação os considere regularmente adquiridos ou constituídas, salvo se a outra lei que não considera regularmente adquirido o direito ou constituída a situação jurídica é a lei do foro. Nestes casos, não estamos tão seguros da orientação que em geral defenderíamos.

Os arautos desta posição na doutrina e nos textos legais vieram, como atrás dissemos, sustentar posições extremamente favoráveis ao reconhecimento dos direitos adquiridos no estrangeiro. Assim,

⁽⁴⁴⁾ Teorias essas, no dizer de France Deby-Gérard, que levam a efeito mais uma prevenção do que uma solução do problema em análise (*Le rôle, cit.*, p. 297).

⁽⁴⁵⁾ Para PAUL GORTIOT, a doutrina unilateralista seria «la seule méthode pour laquelle la diversité des droits internationaux privés cesse d'être un accident regrettable pour devenir l'hypothèse fondamentale du raisonnement» («Le renouveau de la tendance unilateraliste en droit international privé», *Revue*, 1971, p. 9).

NIBOYET⁽⁴⁶⁾ escreveu no art. 22 do seu anteprojeto de lei sobre o direito internacional privado: «Tout droit créé en pays étranger, conformément aux dispositions qui y sont en vigueur, doit être reconnu en France, dès l'instant où aucune compétence française n'existe pas en l'espèce, et sous réserve de l'article 24 (ordre public)»⁽⁴⁷⁾. Sem embargo do nulo reflexo directo dos princípios unilateralistas nas tomadas de posição contemporâneas sobre o problema dos direitos adquiridos⁽⁴⁸⁾ sempre diremos que estas posições são de criticar na medida em que totalmente negligenciam o controlo da competência da lei estrangeira aplicada — o título em que esta baseou a sua aplicação⁽⁴⁹⁾.

8. Já os autores que concebem a Regra de Conflitos como norma bilateral — e que ainda hoje são a grande maioria — encontram-se à partida numa posição muito mais difícil para admitir o reconhecimento de direitos ou situações adquiridos ou reconhecidos no estrangeiro, na medida em que, tomando a Regra de Conflitos do foro como ponto de partida necessário e absoluto para a deter-

⁽⁴⁶⁾ Cfr. A. MAKAROV, *op. cit.*, p. 441, nota 1.

⁽⁴⁷⁾ Fórmula esta que — na sua essência — sobreviveu mesmo ao abandono por parte da comissão de reforma do Código Civil francês das teses unilateralistas. Assim, o artigo 53 do Anteprojeto da Comissão (que consagrava já a concepção bilateralista) era do seguinte teor: «À moins que la loi française ne fût compétente, toute situation juridique créée à l'étranger, en vertu d'une loi étrangère qui se réconnaissait compétente, produit ses effets en France» (cfr. *La Codification du droit international privé*, Paris, 1956, p. 20 ss.). E o Código Civil do Gabão (29-VII-1972), art. 21 — À moins que la loi gabonaise ne fut compétente toute situation créée à l'étranger en vertu d'une loi étrangère qui se reconnaît compétente produit ses effets au Gabon. Toutefois, si la loi étrangère ne se reconnaît pas compétente, il doit être fait application de la loi gabonaise. In *Revue*, Ano LXIII, 1974-IV, pp. 844-855 (Comentário de Pierre Bourel).

⁽⁴⁸⁾ O unilateralismo conhece no entanto hoje um certo ressurgimento, ainda que limitado, na doutrina. Assim é que BERTHOLD GOLDMANN o defende, e na sua maior pureza, no campo das leis sobre a concorrência, chegando a escrever que o juiz deve aplicar «la loi qui révendique elle-même compétence» («Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence», *Recueil des Cours*, 1969-III, p. 722).

⁽⁴⁹⁾ Para mais esclarecimentos sobre esta questão do controlo do título que fundou a aplicação da lei estrangeira, vide *infra*, pp. 40-41.

minação da lei estrangeira a aplicar a cada situação internacional, não podem deixar de se sentir pouco propensos a reconhecer direitos ou situações adquiridos ou constituídos ao abrigo de leis que não consideram competentes para esse efeito.

Exemplar como demonstração do que acaba de ser dito parecem ser a doutrina de PILLET sobre o reconhecimento dos direitos adquiridos, que encontrou em Portugal um brilhante continuador na pessoa de MACHADO VILLELA⁽⁵⁰⁾. PILLET vê no DIP duas questões completamente diferentes — a do conflito de leis e a do reconhecimento dos direitos adquiridos — conforme estejam em causa direitos a adquirir, cuja constituição obedeceria ao veredicto da Regra de Conflitos do foro, ou direitos adquiridos, que, por o serem já, não possutam qualquer conflito de leis (o qual, a existir, teria tido lugar no momento da sua constituição) mas apenas determinam o seu reconhecimento por parte do sistema jurídico do foro. Quanto ao segundo ponto, o que aqui nos importa, todo o problema estava em saber, no caso de uma relação surgida no estrangeiro se vir inserir na ordem jurídica do foro, se o direito em questão foi regularmente adquirido, pois se o foi, deve ser reconhecido. E quando se poderá dizer que um direito foi regularmente adquirido no estrangeiro? Ouçamos o próprio PILLET: «Pour être régulièrement acquis (les droits) il est nécessaire qu'ils aient été constitués en conformité de la législation compétente et nous savons que par législation compétente il faut entendre celle dont l'application est commandée par le principe de droit international privé en vigueur» (...) «La seule formule obligatoire est celle que donne la lex fori: il n'y a donc pas à s'inquiéter de la loi réputée compétente dans le pays de la constitution, mais de celle qui est réputée comme tel dans le pays du juge»⁽⁵¹⁾. E ainda

⁽⁵⁰⁾ Sobre MACHADO VILLELA cfr. FERRER CORREIA, *Lições*, cits., p. 199 ss., e BAPTISTA MACHADO, «L'autonomia del problema del riconoscimento dei diritti quesiti, secondo Machado Villela, e le sue implicazioni», *Diritto Internazionale*, 1971, vol. XXV-3, p. 300, e *Lições*, cits., pp. 21-28; e quanto a outro ponto que não o que aqui nos ocupa, AFONSO QUEIRÓ, «Relações entre o direito internacional e o direito interno ante a última revisão Constitucional portuguesa», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLVIII, 1972, pp. 55-58.

⁽⁵¹⁾ PILLET, «La théorie générale des droits acquis», *Recueil des Cours*, 1925-III, p. 497. Em idêntico sentido cfr. p. ex. RENÉ SAVATIER, *Cours de Droit*

PILLET a título de justificação, noutro local: «on ne peut pas songer à imposer à un juge une solution autre que celle qu'approuve le législateur dont il dépend» (52).

Por isso se diz que PILLET, afinal, acaba por esvaziar e retirar a independência ao princípio que tanto começou por destacar: «ao submetê-lo praticamente à condição difficilima e, de facto, injusta de, para o reconhecimento no foro, ter havido observância quando da aquisição no estrangeiro das regras de DIP do mesmo foro sobre aquisição de direitos» (53). Mas mesmo que não queiramos ir tão longe e que procuremos ver em PILLET, como quer BAPTISTA MACHADO (54), «a ideia de que o fundamento substancial do reconhecimento de eficácia jurídica ao direito criado no estrangeiro segundo a lei estrangeira competente não está na Regra de Conflitos que designa essa lei como competente, mas fora dela, no princípio do respeito dos direitos adquiridos», e que lhe queiramos reconhecer, como pretende este

International Privé, Paris, 1947, p. 210: «le pays auquel on demande de respecter le droit acquis examinera si la loi étrangère qu'on invoque à l'appui de ce droit avait bien qualité pour le reconnaître. Et il résoudra ce problème suivant ses propres règles de conflits de lois». E, mais adiante, justificando o mesmo princípio ainda naqueles casos em que o Estado do foro não tivera quaisquer contactos com a situação a julgar no momento da sua constituição: «Le juge français n'est pas seulement le défenseur egoïste de la loi française. Sa mission est de dire le droit. Et le système de conflit de lois admis dans son pays représente une règle de droit et de justice s'imposant à lui. Il ne saurait donc considérer comme source d'un droit valablement acquis, la violation qui en a été faite à l'étranger».

(52) PILLET, *Principes de droit international privé*, 1903, p. 535. A mesma ideia é repetida por vários autores, p. ex. P. LERIBOURS-PIGEONNIERE, *op. cit.*, n.º 387, pp. 511-512, para quem: «il faut apprécier la régularité de la situation [valité et effets même réalisés d'un droit] en fonction de la règle désignée par le règlement français».

(53) H. VALLADÃO, *op. cit.*, p. 487. Este entendimento, no entanto parece ser o perfilhado ainda hoje pelo direito positivo francês pois que, para HENRI BATTIFOL e PAUL LAGARDE: «quand le juge français est saisi, ce sont les seules règles françaises de conflit qui décident si le droit invoqué comme acquis à l'étranger l'a été selon la loi compétente» (*Droit International Privé*, 5.ª edição, t. I, p. 385). E no mesmo sentido F. DERY-GÉRARD, *op. cit.*, p. 340 e, principalmente, p. 363, onde se escreve: «Nous ne reconnaissons, ainsi, valeur à la règle de conflit étrangère qu'après avoir mis en oeuvre notre propre règle de conflit».

(54) *Ámbito*, *cit.*, p. 55 ss.

autor, um papel de revisão da dogmática internacional-privatística herdada de SAVIGNY, parece-nos difícil negar o que há ainda na sua teoria de fidelidade aos dogmas savignianos (pelo menos em certa medida) e, conseqüentemente, a dificuldade de, mau grado todas as boas intenções em contrário, conseguir uma razoável protecção dos direitos adquiridos sem quebrar a coerência devida aos pontos de partida doutrinários de que decorrem as teses bilateralistas.

9. Mas a necessidade, já atrás referida e sentida por grande número de autores (55), de proteger de alguma forma a confiança das partes na validade dos seus actos jurídicos enquanto conformes a uma lei que se tem como competente, mas que assim já não é considerada pela Regra de Conflitos do foro, levaria inelutavelmente, com o aumento do número de casos chocantes proporcionados pelo desenvolvimento das relações privadas internacionais, que se accentuou precisamente pelos fins dos anos 30 do nosso século, a um quebrar da estrita coerência que os autores, partidários das teorias bilateralistas, se viam obrigados a observar, e cuja ausência de efeitos práticos os esforços de PILLET tinham patenteado.

E assim que os autores se vão sensibilizando à ideia de passar do reconhecimento da existência dos sistemas de conflitos estrangeiros à defesa da pacífica coexistência entre eles, o que implica a consideração da Regra de Conflitos estrangeira. Este facto, contrariando embora o princípio do campo de aplicação espacialmente limitado da Regra de Conflitos do foro — afinal, mero corolário das premissas savignianas —, aparece como resultante necessária da complexidade das relações internacionais (56). São do consagrado internacionalista francês BATTIFOL as palavras que seguem: «Tout le problème du droit international privé est précisément de tenir compte de l'existence de systèmes juridiques différents, tout en maintenant la valeur propre, la spécificité, l'originalité du système juridique dans lequel la question se pose; il y a là une question d'équilibre,

(55) *Supra*, p. 21.

(56) Neste sentido cfr. GRAULICH, *Principes de droit international privé*, Paris, 1961, p. 168.

d'adaptation qui n'est pas facile» (57). Trata-se em suma de concluir 50 anos depois o que VON BAR já anunciara — «o D. I. P. não é meramente um produto do sistema jurídico soberano de cada Estado particular» (58) — retirando desta afirmação as suas consequências lógicas.

Mas para forçar os quadros dogmáticos que tinham continuado de pé, torna-se necessária a introdução de algo que justifique e encerre em si o germen das várias tentativas esboçadas recentemente pelos autores. Esse algo é a ideia de auto-limitação das Regras de Conflitos, como que imposta pela coexistência dos vários sistemas conflituais e pela consideração da Regra de Conflitos estrangeira. Um passo de um texto recente do Prof. FERRER CORREIA corrobora o carácter inelutável do aparecimento desta ideia, nesta fase, e no quadro que vimos descrevendo: «toutes les constructions doctrinales qui, partant de la théorie bilatéraliste et de la conception d'inspiration savignienne qui tend à réduire le domaine du droit international privé à celui des règles de conflit, cherchent à trancher la question du conflit de systèmes (...) se voient toutes contraires, plus ou moins, à faire appel à une idée d'autolimitation des règles de conflit et, par conséquent, d'un super-droit international privé, d'un droit international privé à la deuxième puissance» (59).

Surgem-nos assim aquelas teorias a que QUADRI (60) chamou dualistas ou anfíbias, ao procurarem um limite à aplicação das Regras de Conflitos do foro, na mira de obter uma protecção de situações constituídas sem qualquer laço com o Estado do foro, e que seriam anuladas se o mecanismo daquela Regra funcionasse na sua plenitude. MEIJERS, BATIFFOL e MAKAROV deram os primeiros e mais cautelosos passos nesta senda.

Presos à ideia de que «une élimination formelle des règles de conflit du for ne devrait être admise que lorsque l'équité l'exige

(57) BATIFFOL, *Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative*, cours de doctorat 1960-1961, Paris, Association des Etudes Internationales, p. 31 (referência colhida em JACQUES FOYER, *op. cit.*, p. 335).

(58) VON BAR, *The Theory and Practice of P. I. L.*, Edinburgh, 1892, p. 77 (referência colhida em BAPTISTA MACHADO, *Âmbito*, cit., p. 86, nota 11).

(59) FERRER CORREIA, *La doctrine*, pp. 295-296.

(60) QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Nápoles, 1961, p. 108.

absolument, et qu'il n'est pas possible de la satisfaire d'autre manière» (61), mas constatando que «la teneur des règles de conflit se trouve modifiée par la considération de la règle de conflit étrangère» (62), que «les relations internationales régies par le droit international privé ne sont pas une simple matière soumise à la loi du for dans la méconnaissance de l'existence et de la valeur des systèmes étrangers» (63) e que «l'objectif minimum (d'une société internationale) est le respect d'une sphère d'activité propre à chaque système» (64), os autores referidos não avançam muito neste caminho, ainda que um deles — afirmação que não pode, aliás, deixar de merecer reparos (65) — não deixe de observar que é conveniente limitar o campo de aplicação das Regras de Conflito do foro tal como estas limitam o campo de aplicação das normas materiais (66).

Assim MEIJERS (67), numa fórmula que iria merecer consagração legislativa no art. 21 do «Traité Benelux portant loi uniforme relative au droit international privé» (68), apenas propugna a validade das situações jurídicas estrangeiras adquiridas em desrespeito pelo preceituado na Regra de Conflitos do foro, quando as referidas situações foram constituídas segundo a lei aplicável à luz do direito internacional privado dos países principalmente interessados.

(61) MAKAROV, *op. e loc. cit.*, p. 447.

(62) BATIFFOL, *Aspects Philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956, p. 311.

(63) *Idem, ibidem*, pp. 311-312.

(64) *Idem, ibidem*, p. 314.

(65) *Cfr. infra*, pp. 40-41.

(66) MEIJERS, *apud* MAKAROV, *op. e loc. cit.*, p. 441.

(67) MEIJERS, «La question du renvoi», *Bulletin de l'Institut Juridique International*, 1938, pp. 191-231.

(68) É o seguinte o texto do art. 21, 2.ª Parte, do *Traité Benelux portant Loi Uniforme relative au droit international privé*: «Lorsqu'un rapport juridique est né ou s'est éteint hors de Belgique, du Luxembourg, des Pays-Bas conformément à la loi applicable suivant le droit international privé du pays que ce rapport concernait essentiellement au moment de sa naissance ou de sa extinction, cette naissance ou cette extinction sont également reconnues en Belgique, au Luxembourg, aux Pays-Bas même par dérogation à la loi applicable en vertu des dispositions de la présente loi». (*Cfr. Les législations de Droit International Privé*, editado pelo T. M. C. Asser Instituut, Oslo, 1971, p. 29).

Quanto a BATHFOL, limita-se a observar que «quand le juge (du for) est amené à apprécier une situation née à une époque où tous ses éléments (...) étaient étrangers au système juridique (du for) (...) le résultat (de l'application des règles de conflit du for) n'est pas toujours heureux parce que les parties, à l'époque des faits, n'auront généralement pas pu soupçonner l'intervention à venir de ces règles» (69); e a única hipótese de desvio ao comando da Regra de Conflitos do foro que admite é a já referida por MEIJERS (70).

Este ponto de vista, ao basear a evicção da Regra de Conflitos do foro no acordo unânime de todas as leis interessadas no momento da constituição da relação, foi acolhido sem reservas por toda a doutrina, e só se tem censurado aos seus defensores o não terem ido mais longe. Para o justificar, têm-se aduzido as ideias de que em casos desse tipo não haveria propriamente conflitos a resolver, pois que as leis se encontravam todas de acordo no momento da constituição da relação, e de que, a não ser assim, a aplicação da Regra de Conflitos do foro implicaria autêntica retroactividade visto que «a interferência ex post de um comando legal que ao tempo da referida constituição não podia fazer presa sobre os factos, envolve total surpresa para as partes e frustração de uma expectativa radicada num estado de direito que até ali podiam ter por seguro» (71).

MAKAROV vai um pouco mais longe ao admitir que a aplicação da Regra de Conflitos do foro não tenha lugar quando, carecendo a situação de qualquer contacto com o foro no momento da sua constituição, a maioria das leis em contacto com ela concorde na designação do ordenamento à sombra do qual a situação se constituiu (72).

(69) BATHFOL, *Aspects*, cit., pp. 310-311. Mas confronte-se a transcrição que, p. 29 *supra* nota 53 fazemos da p. 385 do t. 1, 5.ª edição do seu *Droit International Privé*.

(70) *Idem*, *ibidem*, p. 312.

(71) BAPTISTA MACIADO, *Âmbito*, cit., p. 85. No mesmo sentido escreve F. DEBY-GÉRARD: «Le principe de non-intervention de la règle de conflit du for serait essentiellement fondé sur la circonstance que la situation en cause est née et s'est développée à l'étranger et qu'on ne saurait sans déjouer les légitimes prévisions des parties, la remettre en cause devant un tribunal dont la compétence n'avait pu être prévue (*Le rôle*, cit., p. 346).

(72) MAKAROV, *op. e loc. cit.*, p. 456.

Na medida em que o autor classifica essa maioria como uma maioria preponderante (73), a sua tese parece estar ao abrigo de quaisquer reservas que, em nome do controlo do título em que se baseia a lei aplicada, seríamos tentados a fazer-lhe; entendendo-se por maioria preponderante uma maioria onde se encontrem as leis predominantemente interessadas na situação a regular, tais reservas careceriam de sentido.

10. Se as tentativas que acabamos de referir mereceram o aplauso unânime quanto aos seus resultados, é, no entanto, indubitável que elas revelam uma grande timidez, acabando por contemplar apenas um pequeno número de situações de entre as que eram apresentadas como candidatas ao reconhecimento por parte do sistema jurídico do foro, com a agravante de a esses mesmos resultados se poder chegar pela utilização de outros mecanismos existentes no arsenal do DIP, como é o caso do reenvio (74). Não é, assim, de estranhar que, à prudência evidenciada pelos autores referidos na introdução de limites à actuação absoluta e ilimitada da Regra de Conflitos do foro, se tenha substituído uma outra tendência pronta a admitir em muito maior número de casos a actuação de Regras de Conflito estrangeiras, em frontal oposição aos dogmas savignianos que não houve o cuidado de negar, nem, por maioria de razão, de substituir. Neste sentido se encaminharam, entre outros, FRANCESCAKIS, HAROLDO VALLADÃO e GRAULICH, avançando propostas de solução de algum modo consagradas no Código Argentino e no Anteprojecto brasileiro da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas.

A construção de FRANCESCAKIS pode dizer-se que marca o abandono da concepção, tão cara aos autores do princípio do nosso século, da territorialidade do DIP — só as normas de conflito de cada Estado seriam consideradas pelos seus tribunais. Apenas a partir de agora pode surgir um problema de sucessão no tempo das normas de conflitos na medida em que se admite claramente que as normas de conflitos do foro não regulam, pelo menos potencialmente, todas as relações, mesmo as que são constituídas no estrangeiro e indepen-

(73) *Idem*, *ibidem*, p. 445.

(74) Neste sentido, já MAKAROV, *op. cit.*, p. 446.

dentemente de terem entrado em contacto com a ordem jurídica do foro (75).

É de acordo com esta ideia que se nos apresenta o ponto de partida de todo o esquema de FRANCESCAKIS: «Puisqu'il s'agit de maintenir une situation considérée comme internationalement acquise malgré sa non conformité avec la règle de conflit du for, il faut commencer pour admettre que la règle de conflit du for ne s'y applique pas» (76). Assente a não aplicação da Regra de Conflitos do foro, falta determinar os casos em que teria lugar essa não aplicação, e indicar a lei que seria então chamada a regulá-los. Em tese geral impor-se-ia aqui a actuação de uma Regra de Conflitos subsidiária, que, no entanto, poderia revestir vários aspectos.

O autor começa por isolar um caso cuja decisão não dependeria do jogo do princípio dos direitos adquiridos, mas que seria ainda correctamente resolvido no âmbito do quadro doutrinal anterior. Seria o caso de, no momento da sua constituição, a relação jurídica apenas se encontrar ligada a um único ordenamento estrangeiro, em relação ao qual era, pois, uma situação puramente interna (77).

(75) Neste sentido se pronuncia a Prof.^a ISABEL MAGALHÃES COLLAÇO a pp. 66-67 do vol. II das suas lições de *Direito Internacional Privado* proferidas aos alunos do 5.º ano jurídico de 1966-1967 da Faculdade de Direito de Lisboa (edição policopiada). E logo adiante (p. 67) refere a ilustre professora: «O problema só ganhará autonomia na medida em que se aceitar que uma norma geral de conflitos não se aplica necessariamente a todas as questões emergentes de relações constituídas no estrangeiro, sem qualquer conexão, ao tempo da sua constituição, com a ordem jurídica nacional, antes se devem conhecer, sob certas condições, os direitos adquiridos no estrangeiro, à sombra de uma lei que não é a declarada competente por essa norma de conflitos geral». E afastando uma eventual perplexidade motivada pelo tardio aparecimento desta questão escreve F. DEBY-GÉRARD, *op. cit.*, p. 4: «Si les vues plus anciennes n'ont point perçu l'existence des conflits de systèmes ou, plutôt, s'en sont désintéressées, c'est qu'une unique directive prévalait alors: celle de l'utilisation, par le juge saisi, de son propre système de conflits de lois, système du for».

(76) FRANCESCAKIS, *La Théorie du Renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, p. 192.

(77) Ou nacional, para usarmos a terminologia a que Jitta recorreu na sua célebre classificação tripartida das situações de facto. Sobre esta classificação cfr. E. STEINDORFF, *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, Frankfurt am Main, 1958, pp. 23-24, G. KEGEL, «The Crisis of Conflict of Laws», *Revue des Cours*, 1964-II p. 239, e БАВРИСТА МАЧАДО, *Lições*, cit., pp. 10-11.

Em casos como este, a sua apreciação posterior no Estado do foro não poderia fazer-se à luz de uma lei que não fosse a lei material com a qual ela se encontrava em contacto nesse momento, e isto por impossibilidade de o elemento de conexão da Regra de Conflitos do foro indicar qualquer outra lei que não essa (78). Até aqui, portanto, o problema resolvía-se perfeitamente nos quadros tradicionais, o que autoriza o autor a afirmar que «la doctrine dont il est question ici (la doctrine des droits acquis) ne revêt donc d'importance pratique que s'il s'agit de situations juridiques qui étaient internationales dès l'origine, en ce sens que dès cet instant elles présentaient des attaches avec plus d'un système» (79). E dentro já deste instituto, FRANCESCAKIS dá a sua concordância ao ponto de vista de MEIERS e БАТТФОЛ (80), alegando que, se partirmos do princípio de que uma situação jurídica só poderá legitimamente ser regulada pelos sistemas com os quais apresenta contactos, então é porque devemos assinalar às Regras de Conflitos — enquanto normas de um sistema jurídico — um domínio de aplicação no espaço. E no caso em apreciação não há dúvidas de que à evicção da Regra de Conflitos do foro determinada por a situação escapar ao seu domínio espacial de aplicação, não há mais do que fazer succeder a aplicação daquela lei material considerada competente por todos os sistemas jurídicos em contacto com a situação em causa (81).

Mas é para além deste caso que se situam as propostas inovadoras de FRANCESCAKIS na matéria. Existindo um conflito entre os sistemas que impregnaram a situação no momento da sua constituição, é ainda possível falar em direitos adquiridos, e, consequentemente em imitação da Regra de Conflitos do foro? Neste contexto, FRANCESCANKIS não pode deixar de referir-se à posição, já citada, de NIBOYET (82)

(78) *Idem, ibidem*, p. 192.

(79) *Idem, ibidem*, p. 183.

(80) *Supra*, pp. 31-33.

(81) FRANCESCANKIS, *op. cit.*, p. 194.

(82) Cfr., *supra*, p. 26. Sobre a posição de NIBOYET escreve FRANCESCANKIS (*op. e loc. cit.*, p. 203): «Compte tenu des restrictions que l'on a proposées, la thèse de Niboyet sur la reconnaissance préférentielle des situations effectivement acquises selon un système étranger paraît, en l'état actuel de la doctrine, correspondre aux besoins du commerce international».

para concluir que apesar da sua concordância com as linhas gerais que a enformam, ela peca por alegadas insuficiências na protecção da ordem jurídica francesa, do ponto de vista dos conflitos de leis (83). Assim, todas as situações (mas apenas essas) que no momento da sua criação não apresentassem qualquer contacto com a ordem jurídica do foro escapariam ao mecanismo da sua Regra de Conflitos (84); e a justificação para que as demais (mesmo aquelas que NIBOYET excluía) fossem sujeitas ao *imperium* do sistema conflitual do foro estaria na possibilidade de fazer «valoir l'intérêt pour l'ordre juridique français de surveiller étroitement des situations qui, bien que n'ayant pas avec le système français le contact erigé par ce même système en circonstance de rattachement, en présentent cependant d'autres» (85). E, em nome da estabilidade das relações internacionais (86), applicava-se a todas as situações constituídas fora de qualquer contacto com a ordem jurídica do foro o sistema de NIBOYET consagrado no art. 53 do Anteprojecto de Reforma do Código Civil francês.

HAROLDO VALLADÃO avança ainda mais em relação à posição de FRANCESCAKIS, de tal forma que as suas ideias — posteriormente consagradas no Anteprojecto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (87) — se vêm aproximar bastante das teses de NIBOYET. Aceita-se assim «o sistema do direito estrangeiro, em pleno, do local e do momento do acto», não sem que se exija a boa fé das partes — para obviar aos casos de fraude — e ressaltando-se as hipóteses de competência exclusiva do direito brasileiro e a reserva geral

(83) FRANCESCAKIS, *op. e loc. cit.*, p. 200.

(84) Rejeitando a extensão desta ideia ao caso das regras materiais de DIP, cfr. MARTHE SIMON-DEPRRE, «Les règles matérielles dans le conflit de lois», *R.C.D.I.P.*, vol. LXIII, n.º 4, 1974, p. 60.

(85) *Idem, ibidem*, p. 200.

(86) *Idem, ibidem*, p. 201.

(87) É o seguinte o texto do artigo 78.º do referido Anteprojecto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas: «São reconhecidos no Brasil os direitos adquiridos no estrangeiro, de boa-fé, em virtude de acto ou julgamento aí realizados, de acordo com o direito estrangeiro vigente, salvo se for caso da competência exclusiva do direito brasileiro, e observadas sempre as reservas estabelecidas no artigo 79.º» (ofensa à soberania nacional, ordem pública, equidade, moral e bons costumes).

da ordem pública (88). Prevendo a possível crítica ao seu sistema baseada na possibilidade de serem várias as ordens jurídicas a impregnar a relação no momento da sua constituição, o autor alega o carácter raro de casos deste tipo, mas dá a conhecer que, a ter de optar por um sistema, escolheria o que tivesse dado vida à relação (princípio da lei mais favorável ou do *favor negotii*), sem deixar, no entanto, de respeitar a ordem pública do foro (89).

No mesmo sentido, mas conferindo ainda um menor campo de aplicação à Regra de Conflitos do foro, surge-nos GRAULICH. Este autor começa por recordar que «a Regra de Conflitos do foro é sempre aplicável», excluindo, no entanto, «l'hypothèse où il faut apprécier la validité de la naissance ou de l'extinction d'un rapport juridique intervenue en dehors de notre sphère juridique (90)»; nestes casos haveria que «recourir à la norme de conflit du système dans lequel se localise le fait qui a entraîné naissance ou extinction de la situation ou du rapport» (91). E não excepçiona, como até aqui vimos que tem sido regra, os casos de competência exclusiva da lei do foro, nem aqueles em que a cláusula de ordem pública levaria igualmente à aplicação do direito do foro; fazê-lo não seria mais do que, nas suas palavras, «l'expression d'un vain et stupide impérialisme juridique, qui ne peut aboutir qu'à multiplier inutilement les situation boiteuses (92)». Próximo talvez da posição de GRAULICH está o artigo 8.º do Código Argentino onde se começa por consagra o princípio de que «os actos celebrados, os contratos concluídos e os direitos adquiridos fora do local onde o interessado tem o seu domicílio são regidos pela lei do lugar onde foram celebrados, concluído ou adquiridos».

A tese de GRAULICH apresenta o especial interesse de, mais do que qualquer outra, endossar a resolução do problema do domínio de aplicação espacial da Regra de Conflitos (que, como vimos, está claramente presente a partir de FRANCESCAKIS) a algo como um princí-

(88) HAROLDO VALLADÃO, *op. cit.*, p. 488.

(89) *Idem, ibidem*, p. 489.

(90) GRAULICH, *op. cit.*, p. 176.

(91) *Idem, ibidem*, p. 176.

(92) *Idem, ibidem*, p. 176, nota 12.

pio superior de DIP, ou um super DIP. Para ele, a evicção da Regra de Conflitos do foro resulta tão-somente de esta ordem jurídica não estar interessada em regular a relação, o que sucederia sempre que a situação jurídica não tivesse, no momento do seu nascimento ou da sua extinção, qualquer contacto com ela, pouco importando a posição que face ao caso concreto tivessem as demais ordens jurídicas interessadas⁽⁹³⁾. Como que se volta aqui à ideia do DIP à segunda potência sugerida por NEUMANN e GABBA por alturas do início do nosso século (e como resposta ao problema dos conflitos de sistemas que KAHN e BARTIN tão bem reconheceram), ideia essa que se concretizaria em super-regras de conflitos, ou ao sistema do super-DIP de ECKSTEIN, que baseava a aplicação das Regras de Conflitos no princípio da competência judiciária mais forte⁽⁹⁴⁾.

11. Ao tentar uma apreciação crítica do conjunto de posições doutrinárias que fica exposto, começaremos por referir uma ideia que subjaz a todas elas, e que é a da existência de limites espaciais à aplicação das Regras de Conflitos do foro. Dela deriva a tendência para, paralelamente ao que se passa com as regras materiais, traçar, também para as normas de conflitos, um domínio espacial de aplicação. Tal maneira de ver entronca na consideração de que as Regras de Conflitos, a serem aplicadas a situações constituídas sem qualquer contacto com o sistema a que pertencem, viriam contrariar as legítimas expectativas dos particulares que de modo nenhum podiam contar com a sua aplicação. Semelhante ponto de vista — ao tornar extensivo às Regras de Conflitos um tipo de raciocínio geralmente aplicado às regras materiais e comunmente traduzido na exigência de não retroactividade destas — parece ignorar a especificidade das primeiras enquanto *regulae decidendi* e a consequente impossibilidade de lhes aplicar os mecanismos dentro dos quais se desenvolvem as *regulae agendi*. E isto porque a moderna concepção da Regra de Conflitos, enquanto norma destinada a dirimir os conflitos entre as leis materiais, nitidamente a vê como uma norma instrumental, como

metro critério de decisão de conflitos. Não pronunciando juízos de valor sobre a conduta das partes, as normas deste tipo não são, pois, consideradas por estas, pelo menos em geral, na construção dos seus planos de vida, pelo que a sua actuação enquanto critério de solução de conflitos não pode envolver qualquer dano para as justas expectativas das partes. Só não será assim quando, excepcionalmente, as partes, dado o carácter internacional da situação que procuravam constituir, se orientaram por uma norma de conflitos na qual viram precisamente um critério de decisão dos concursos de leis. Apenas em casos como este a norma de conflitos se apresenta como *regulae agendi*, só a propósito deles tendo, portanto, lugar problemas como o do seu domínio de aplicação no espaço⁽⁹⁵⁾.

Assente, pois, que a referida limitação introduzida no funcionamento da Regra de Conflitos não decorre inelutavelmente da sua essência, resta agora indagar se ela se justifica por quaisquer outras razões, isto é, averiguar do aplauso que mereça a orientação que tende a excluir a sua actuação quando a situação em causa se constituiu sem qualquer ligação com a ordem jurídica do foro.

Sem embargo de uma tal limitação não ser exigida pela natureza da Regra de Conflitos, nada impede que ela se possa vir a tornar necessária por força dos resultados desastrosos a que a aplicação geral daquela regra daria lugar. Basta lembrarmos-nos dos juízos de vários autores que atrás transcrevemos⁽⁹⁶⁾, e ainda dos muitos casos que, como o do célebre «rochedo de bronze», poderíamos citar⁽⁹⁷⁾.

Afastada a ideia, cuja proveniência atrás assinalámos, da aplicação necessária e ilimitada da Regra de Conflitos do foro, e aceite que «no reconhecimento de situações que se constituíram no estrangeiro sem qualquer contacto com o Estado do foro, o DIP não visa senão assegurar a estabilidade da vida jurídica dos indivíduos e tutelar a expectativa legítima destes assente na constituição da situação jurídica em conformidade com a lei cuja competência internacional é

⁽⁹³⁾ *Idem, ibidem*, p. 175.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. МАКАРОВ, *op. e loc. cit.*, pp. 443-135.

⁽⁹⁵⁾ Neste sentido, FERRER CORREIA, *La doctrine*, cit., pp. 297 e 316, e BAPTISTA MACHADO, *Licções*, cit., p. 157.

⁽⁹⁶⁾ *Supra*, p. 21.

⁽⁹⁷⁾ Assim, ГРАУЛИЧ, *op. cit.*, p. 169. Ver, também, FRANCESCAKIS, *op. cit.*, p. 193.

bem fundada»⁽⁹⁸⁾, resta averiguar se a não consideração da Regra de Conflitos do foro, em todos os casos em que a situação da vida era estranha ao Estado do foro no momento da sua constituição, permite salvaguardar os interesses das partes sem pôr em causa os fins essenciais que o DIP se assinala.

O fundamento geralmente dado a esta posição é o alegado desinteresse do Estado do foro em controlar as situações jurídicas que com ele não apresentam qualquer contacto⁽⁹⁹⁾. Nesta óptica, o âmbito de aplicação das normas de conflitos estaria rigorosamente circunscrito às situações que, no momento da sua constituição, se apresentassem conectadas com o foro⁽¹⁰⁰⁾. Simplesmente, ao falar-se em desinteresse por parte do Estado do foro em relação às situações jurídicas que se constituíram sem qualquer relação com a sua ordem jurídica, está-se necessariamente a pressupor que o referido interesse daquele Estado, nos casos em que existe — todos os demais, assevera FRANCESCAKIS —, se funda na protecção de interesses típicos ou até exclusivos da sua ordem jurídica. O que contraria não só a ideia das normas de conflitos como normas de um Direito Internacional, como toda a tendência que entronca em RABEL e desde então cada vez mais tem vindo a afirmar o princípio da autonomia das perspectivas, funções e finalidade do direito internacional em relação ao direito interno, mau grado a fonte comum dos seus preceitos (justificada, como já assinalámos, pelo atraso institucional e organizativo em que se encontraria a comunidade internacional). A referida autonomia do direito de conflitos face ao direito interno e a visão universalista que neste contexto tem que subjazer às normas de DIP não permitem que do objecto de cada sistema

⁽⁹⁸⁾ BAPTISTA MACHADO, *Lições*, cit., p. 168.

⁽⁹⁹⁾ Situações em relação às quais se poderia falar como que de uma «pressão no espaço», desde que se tivessem constituído à face de uma lei existente, qual quer que ela fosse. Assim, FRANCESCAKIS, *op. cit.*, p. 201.

⁽¹⁰⁰⁾ Mas, a ser assim, parece que deveríamos dar razão a PIERRE MAYER que considera que se a vocação da Regra de Conflitos do foro para reger a relação como que enfraquece quando o Estado do foro não esteve inicialmente ligado à sua constituição, o mesmo deveria acontecer à Regra de Conflitos subsidiária (também do foro) que reenvia para a Regra de Conflitos comum aos Estados interessados (cfr. *La distinction*, cit., p. 163). O que é bem de ver elimina as demais propostas de Francescakis.

de Direito Internacional Privado sejam excluídas as situações com ele não conectadas, ao mesmo tempo que, vocacionando cada complexo normativo da nossa disciplina para a compreensão de todas as questões de direito e de todas as regulamentações materiais⁽¹⁰¹⁾, reitram legitimidade às perspectivas que pretendem, como que numa versão renovada das doutrinas nacionalistas de ROBERTO ACO, reduzir o âmbito de aplicação do Direito Internacional Privado do foro, em razão da sua função⁽¹⁰²⁾.

Se a ideia da autolimitação das Regras de Conflitos não se justifica, nem pelo carácter nem pela função destas, é também crítica-vel o contexto em que FRANCESCAKIS a desenvolve. E isto por resultar sobremaneira ininteligível a facilidade com que o autor, após afastar do âmbito de aplicação das Regras de Conflitos do Estado do foro aquelas situações que se constituíram sem qualquer contacto com a sua ordem jurídica. — por alegada falta de interesse desta em as regular —, dá como assente o interesse dessa mesma ordem jurídica em se aplicar a situações cuja relação com o Estado do foro seja absolutamente casual ou fortuita. O patenteado receio de que a situação se pudesse construir totalmente à margem do controlo do sistema jurídico do foro aparece como absolutamente infundado, na medida em que, como lembra QUADRI⁽¹⁰³⁾, estando em causa o núcleo de valores essenciais enformadores daquela ordem jurídica, restaria sempre o recurso à ordem pública internacional que como que asseguraria um controle a *posteriori* destas situações; não sendo caso de recorrer à ordem pública também não se vê em que é que a redu-

⁽¹⁰¹⁾ Desenvolvendo esta perspectiva em termos adequados o Código Civil Português tomou a propósito do problema da qualificação uma posição arrojada e inovadora que no entanto não tem sido correctamente entendida pela doutrina estrangeira. Sobre este ponto FERRER CORREIA, «Das Problem der Qualifikation nach dem portugiesischen IPR», estudo publicado na *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* (Viena, 1970) e incluído sob o título «O problema da qualificação segundo o novo direito internacional privado português» no vol. III dos já citados *Estudos Jurídicos*, e por último, *O Novo Direito Internacional Privado Português (Alguns Princípios Gerais)*, Coimbra, 1972 (separata do vol. XVIII do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*), pp. 18-37, e FERRER CORREIA-BAPTISTA MACHADO, *Conflitos de Leis*, Lisboa, 1964 (separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 136), pp. 37-48.

⁽¹⁰²⁾ Neste sentido, FERRER CORREIA, *La doctrine*, cit., pp. 299-300.

⁽¹⁰³⁾ *Lezioni*, cit., p. 113.

zida ligação apresentada pelas situações atrás referidas com o Estado do foro justificaria a sua sujeição aos juízos de valor daquele direito conflitual. E tanto mais quanto FRANCESCAKIS não hesitou em afastar cere tais juízos para os casos, no entanto tão-próximos, em que a situação não apresenta sequer esses ocasionais laços com a ordem jurídica do foro.

Mas é numa construção como a de GRAULICH que se leva às últimas consequências a ideia da limitação espacial do Direito de Conflitos. Seguindo à risca o dito de MAKAROV⁽¹⁰⁴⁾ para quem «ce qui importe avant tout, ici, c'est de savoir si les personnes intéressées pouvaient prévoir, au moment ou elles adoptaient un certain comportement, quel tribunal connaîtrait jamais d'un litige éventuel», faz-se agora tábua rasa, pura e simplesmente, do direito conflitual do foro, em todos os casos em que a situação não apresentasse contactos com ele no momento da sua constituição — não se admitindo sequer o recurso à ordem pública. E para a legitimação destes resultados não se hesita em lançar mão de ideias como as de super-DIP, princípios superiores de DIP e normas de DIP de segundo grau. As construções deste tipo — às quais são oponíveis em toda a medida as razões que temos vindo a opor a aspectos mais moderados da mesma tendência — acabam por se encerrar num ciclo donde se não vê como poderão sair, ao terem de, constantemente, criar novas normas de escalão superior para circunscrever o campo de aplicação das de escalão anterior⁽¹⁰⁵⁾. É aqui sumamente visível a hipervalorização da norma de conflitos, cujo funcionamento em cada caso só poderia deixar de se verificar por obra de uma norma de igual natureza, mas de superior valor hierárquico, como se o DIP, na sua estruturação interna, observasse de alguma forma a ideia kelseniana da pirâmide normativa; e, ao mesmo tempo, quão longe se está da ideia da norma de conflitos enquanto critério de resolução de conflitos de leis, quase expediente técnico destinado à prossecução do ideal da harmonia jurídica, da continuidade e uniformidade de valoração das situações jurídicas plurilocalizadas, situada portanto num plano

subordinado a esses valores e apresentando-se assim como evidente, sem mais, a possibilidade do seu afastamento onde e sempre que a sua actuação comprometa ou inviabilize a protecção dos referidos valores⁽¹⁰⁶⁾.

12. Ao longo da excursão que se pretendeu fazer pelas tomadas de posição legais e doutrinárias de que o nosso problema tem sido objecto, puderam verificar-se as dificuldades que oferece a questão do reconhecimento dos direitos adquiridos no estrangeiro. Por um lado, os unilateralistas, negligenciando de todo em todo o controlo da lei à sombra da qual se teria constituído a relação, e prontos, por isso, a sustentar o reconhecimento no Estado do foro p. ex. de negócios do estatuto pessoal válidos no país onde se constituíram, mas eventualmente nulos face à lei nacional das partes e à do seu domicílio. Por outro lado o imenso emaranhado das posições que se reclamam das teses bilateralistas: a construção de PILLER, que mais não faz que reproduzir na conclusão a hipótese de que partira, portanto sem avançar qualquer passo em frente, não dando lugar, pura e simplesmente, ao reconhecimento de quaisquer direitos ou situações fora do crivo limitativo do sistema conflitual do foro; a tentativa de NIEDERER, tentando respeitar a ortodoxia que os quadros dogmáticos internacional-privatísticos impunham, e, consequentemente, levada a não reconhecer autonomia ao nosso problema; depois, as tímidas teses de MEYERS, БАРТФОЛ e MAKAROV, dignas de aplauso pelos casos que resolveram mas distantes do objectivo visado, não contemplando uma enorme multidão de situações em que a ausência de reconhecimento por parte do Estado do foro permanece algo de escandaloso; finalmente, as proposições de FRANCESCAKIS, VALADÃO e GRAULICH, suficientemente ousadas para (tal como as unilateralistas) negligenciarem o controlo do título em que a lei, à sombra da qual a situação se constituiu, baseara a sua aplicação, e se enredarem na invocação de estereis sistemas de DIP à segunda potência, mas simultaneamente falhas daquela «inocência» que lhes deve-

⁽¹⁰⁴⁾ MAKAROV, *op. e loc. cit.*, pp. 445-446.

⁽¹⁰⁵⁾ Neste sentido, também, PIERRE MAYER, *La distinction*, cit., p. 163.

⁽¹⁰⁶⁾ Como quer com todo o nosso aplauso БАРТИСТА MACHADO, *Ligções*,

cit., p. 169.

ria ter permitido incluir nos casos de não funcionamento da Regra de Conflitos do foro algumas das situações que no momento da sua constituição se encontrassem conexas com aquele Estado.

Perante este quadro — e deixando apenas de lado as teses unilateralistas, hoje praticamente postas de parte em tese geral, ainda que com as reservas atrás referidas, em vista do que não lhe faremos referência — tentaremos resumir as conclusões a que a análise precedente nos conduz.

Assim, num sistema de conflitos bilateral parece-nos que há que escolher (e isso é bem evidenciado pela falência das posições de PILLET e NIEDERER) entre por um lado, a protecção às situações jurídicas constituídas no estrangeiro sem observância do preceituado pela Regra de Conflitos do foro, e por outro a concepção que sustenta o carácter abstracto, territorial, e consequentemente a aplicação necessária e ilimitada dessa mesma Regra de Conflitos. Ora, o autêntico imperativo de justiça que postula o reconhecimento de certas situações naquelas condições ⁽¹⁰⁷⁾, a ausência de necessidade lógica em considerar da forma referida a Regra de Conflitos, e a conveniência, evidente a todos os títulos, em a conceber simplesmente como meio ao serviço dos fins do DIP, da justiça conflitual, levam-nos a aderir a uma concepção da Regra de Conflitos com um papel instrumental, com uma actuação portanto subordinada aos fins do DIP.

Dai não haver obstáculos em admitir o seu afastamento (e por meio dele o reconhecimento de situações jurídicas constituídas no estrangeiro) quando, neste plano de relações jurídicas já constituídas, assim o exigirem os valores fundamentais que enformam o DIP. E sendo a teleologia do DIP que verdadeiramente fundamenta o reconhecimento das situações em causa, não parece haver lugar para uma distinção como a que FRANCESCAKIS e outros autores ⁽¹⁰⁸⁾ intentaram, pois que, tanto nuns casos como noutros, o afastamento da Regra de Conflitos do foro poderá ser requerido pela justiça internacional-privatística (no dizer de KEGEL). Do mesmo modo, a instrumentalidade da Regra de Conflitos em relação ao DIP como um

⁽¹⁰⁷⁾ Vide, *supra*, p. 21.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr., *supra*, pp. 35-41.

todo dispensa as engenhosas construções de um DIP de segundo grau a que os autores se viam forçados.

Posto isto, apenas dois aspectos mais: por um lado, parece só ser legítimo afastar a aplicação da Regra de Conflitos do foro quando a situação em causa tenha gerado no país da sua constituição um verdadeiro estado de direito entre as partes, de modo a haver lugar a legítimas expectativas que a aplicação automática da Regra de Conflitos do foro iria violar. A não ser assim, não vemos o que é que justificaria o afastamento daquela regra. Por outro lado, não parece dever bastar que a situação se tenha constituído à face de uma qualquer lei que se repute aplicável: o direito internacional privado do foro (não já a sua Regra de Conflitos) deverá ajuizar da intensidade da ligação entre a situação concreta e a lei que lhe deu relevância jurídica, e apenas quando considerar a referida conexão suficientemente forte para justificar a sua aplicação à relação concreta procederá ao reconhecimento da situação; só assim se evitará que as partes tentem constantemente defraudar, por esta forma, os comandos do sistema conflitual do foro, constituindo situações no estrangeiro na mira do seu posterior reconhecimento ⁽¹⁰⁹⁾.

13. A finalizar, procurar-se-á agora ajuizar do sentido da posição a este respeito tomada pelo recente Código Civil Português ⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ Contra, vendo aqui a entrada pela janela da Regra de Conflitos do foro que se quis fazer sair pela porta, desta vez para consagrar o princípio do *locus regit actum*, PIERRE MAYER, *La distinction*, cit., pp. 159-160.

⁽¹¹⁰⁾ Sem embargo de num estudo deste tipo ser de preceito a exposição das teses do nosso direito constituído, cumpre salientar que é não tanto por isso, mas sim pelo valor paradigmático que se reconhece à orientação seguida entre nós (que adiante se patenteará claramente), e pelas escassas referências legais a esta questão, que concluímos pelo tratamento do problema no nosso sistema legal. Assim o preceito normativo a que de ora avante faremos referência como que permanece isolado no *mare magnum* das iniciativas legislativas neste campo. Neste sentido, informa o Prof. FERRER CORREA (*La doctrine*, cit., p. 311, nota 60) que os projectos franceses e austríacos não têm qualquer traço de uma tendência geral para a protecção dos direitos adquiridos no estrangeiro, que não a da admissão do reenvio; e a mesma lacuna se apresenta em todos os diplomas legais incluídos na recente colectânea do T. M. C. Asser Instituut, *Les législations de Droit International Privé* (Oslo, 1971).

O diploma fundamental na regulamentação da vida quotidiana da colectividade portuguesa não dedica nenhum dos seus artigos a responder directamente à questão que se tem vindo a analisar; diz, no entanto, o artigo 31.º que a lei pessoal é a da nacionalidade do indivíduo (n.º 1), logo acrescentando (n.º 2) que «são, porém, reconhecidos em Portugal os negócios jurídicos celebrados no país da residência habitual do declarante, em conformidade com a lei deste país, desde que esta se considere competente».

Define-se aqui claramente um princípio de reconhecimento de direitos ou situações adquiridos no estrangeiro (no sentido atrás definido), ainda que restrito aos negócios jurídicos do domínio do estatuto pessoal, e apenas no caso de estes terem sido celebrados no país da residência habitual. A partir daqui, a doutrina tem, no entanto, assinalado casos em que por mera interpretação extensiva se obteria o mesmo resultado. Assim, o Prof. FERRER CORREIA (com a autoridade que lhe advém de lhe pertencer a autoria do projecto sobre conflitos de leis, que transitou para a nova lei praticamente intocado nos seus aspectos essenciais) tem sustentado ⁽¹¹¹⁾ que deveria ainda ser igualmente reconhecida toda a situação que, constituída num terceiro Estado, tivesse observado a lei da residência habitual das partes e neste Estado se tivesse tomado efectiva; e quando constituída à luz de uma terceira lei, desde que a situação tivesse sido reconhecida pela lei da residência habitual, e aí tivesse produzido efeitos. Igualmente propugna — mediante o recurso à analogia — o reconhecimento das situações constituídas ao abrigo do direito nacional (quando este não se considere competente) ou do sistema jurídico que este direito considera aplicável, quando as partes actuaram desta forma na intenção de constituírem uma situação válida à face da sua lei nacional ⁽¹¹²⁾ (o que, dado o que dissemos atrás ⁽¹¹³⁾ sempre se justificaria atenta a forte ligação com as partes que a lei nacional exprime e a circunstância de estas a estarem a utilizar enquanto *regulae agendi*).

⁽¹¹¹⁾ Vide, por último, *La doctrine*, cit., p. 315.

⁽¹¹²⁾ De acordo nos mesmos pontos ainda que divergindo incidentalmente numa questão dogmática (p. 178, nota 1), cf. ВАРИСТА МАЧАДО, *Ligções*, cit., pp. 176-178.

⁽¹¹³⁾ *Supra*, p. 45.

Dentro ainda do núcleo essencial do preceituado no referido art. 31.º, n.º 2, estes casos vêm ampliar consideravelmente o número de situações que, mau grado o desrespeito pelas Regras de Conflitos portuguesas, encontram o seu reconhecimento assegurado entre nós. O que pode agora perguntar-se é se pára aqui o contributo que para a resolução do nosso problema a nova lei portuguesa encerra, ou se os resultados referidos não são mais do que a expressão, no campo do estatuto pessoal, de um princípio mais geral, que o legislador teria na sua mente ao redigir aquele preceito. No fundo, *a ideia de que devem ser reconhecidos no Estado do foro os direitos ou situações jurídicas que no estrangeiro produziram os seus efeitos típicos, à luz de um sistema legal que apresenta, na óptica do DIP do foro, uma conexão suficientemente forte com a situação de vida a regular, e se repete aplicável, quer de um outro a quem o primeiro considere competente*.

A este respeito parece-nos que se encontra algo dividida a doutrina portuguesa. Assim, enquanto o Prof. FERRER CORREIA entende que «a norma do art. 31.º, n.º 2, não deve ser tomada como se eliminasse todas as possibilidades de se levar até mais longe o pensamento que nela se verteu» ⁽¹¹⁴⁾, a Professora I. MAGALHÃES COLLAÇO parece ser de opinião diversa, ao afirmar que «à face do direito positivo português não é possível defender como regra geral o princípio de que as situações constituídas no estrangeiro escapam à acção de que as normas gerais de conflito portuguesas; ao contrário temos por exacto que em princípio a norma de conflitos portuguesa regula todas as situações da vida privada internacional, mesmo as constituídas no estrangeiro, sem qualquer contacto com a ordem jurídica portuguesa» ⁽¹¹⁵⁾. Desta posição geral, a autora que referimos apenas exclui certos casos particulares.

A opção por um destes modos de encarar o problema dirá do grau de importância da posição do Código Civil Português na

⁽¹¹⁴⁾ FERRER CORREIA, *Ligções*, cit., p. 554, e, por último, *La doctrine*, cit., p. 314.

⁽¹¹⁵⁾ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado* (ligções citadas), vol. II, Lisboa, 1966-67, pp. 67-68.

questão que se vem tratando. Por nós, não temos dúvida em subcrever a primeira interpretação referida, fortemente reclamada pelos valores de justiça e não contraindicada pelos imperativos de segurança que com aqueles coexistem no ideal jurídico (116). Desta forma se reconhecem no Código Civil Português as potencialidades basantes, para, à luz da melhor doutrina, garantir em justa medida o reconhecimento dos direitos adquiridos e das situações constituídas no estrangeiro.

PORTUGAL. — DROIT DE LA FAMILLE. — DISPOSITIONS INTÉRESSANT LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (*)

1. Le système de règles de conflit de lois établi au Portugal en 1967 par le Code civil vient de subir quelques modifications qui constituent le droit positif depuis le 1^{er} avril 1978.

Ce jour-là, en effet, une importante réforme du droit civil, que le législateur a voulu aussi élargir au droit international privé, est entrée en vigueur. Le but général de cette réforme — et qu'elle avoue d'ailleurs expressément (1) — a été de rendre le Code civil conforme à l'actuelle Constitution (2). Celle-ci, effectivement, a posé des principes qui étaient en totale contradiction avec le droit positif précédent, surtout dans le domaine du droit de la famille et des successions (3). Il était donc nécessaire de procéder aux changements législatifs, d'autant plus que la Constitution elle-même prévoyait — et dans un délai très bref — l'adaptation à ses prescriptions des normes antérieures touchant à l'exercice des droits, des libertés et des garanties qu'elle consacrait (4). Dans l'exécution de cette tâche,

(*) 1978, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 67.

(1) Cfr. le n.º 1 du préambule du décret-loi n.º 496/77.

(2) En vigueur depuis le 25 avril 1976. On peut en consulter la traduction française dans «La Constitution de la République Portugaise», *La Documentation Française*, 2 Juin 1977, n.ºs 4387-4388.

(3) Il s'agit notamment de l'égalité de droits et de devoirs des époux (art. 36, 4), et de l'interdiction de toute discrimination à l'égard des enfants nés hors mariage (art. 36, 4).

(4) Cfr. l'article 293, 3 de la Constitution.

(116) A propósito do ideal jurídico, cfr. as hoje como então actuais palavras de MANUEL DE ANDRADE no seu ensaio «Sentido e valor da Jurisprudência» ora republicado no vol. XLVIII, referente a 1972, do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, pp. 261-264.