

ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS

ESTUDOS
DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO
E DE
DIREITO PÚBLICO



ALMEDINA

A APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO*

(Conferência proferida na Ordem dos Advogados em 19.10.1999)¹

Introdução

Queria começar por agradecer ao Senhor Bastonário as amáveis palavras que proferiu, que, no que me diz respeito, são absolutamente imerecidas, e depois queria agradecer à Ordem dos Advogados e à Faculdade de Direito de Lisboa por, neste ciclo de conferências relativas à teoria e à prática do Direito, terem decidido incluir uma sessão relativa a um tema de Direito Internacional Privado (DIP).

Queria saudar o público presente e os jovens colegas de Moçambique que aqui estão, a quem faço uma referência especial.

O tema que vou tratar – aplicação do direito estrangeiro – será dividido em duas partes: na primeira parte (I), dir-se-á como se aplica o direito estrangeiro; na segunda parte (II), indagar-se-á qual é o estatuto do direito estrangeiro, isto é, tratar-se-á da questão de saber se o direito estrangeiro, quando é aplicado pelos órgãos de aplicação do direito portugueses (*maxime*, pelos tribunais), é tratado como verdadeiro direito ou se é antes considerado como matéria de facto.

Uma das definições possíveis, embora muito sumária, do DIP consiste em caracterizá-lo justamente através da aplicação de direito estrangeiro, isto é, pelo facto de as normas de conflitos de leis – que constituem o núcleo essencial do DIP –, poderem conduzir à aplicação

* Publicado na *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, II, Lisboa, Abril de 2000, pp. 647-668.

¹ Texto elaborado pelo autor, em Agosto de 2000, a partir da gravação da conferência, que lhe foi amavelmente comunicada pelo Senhor Bastonário da Ordem dos Advogados, Dr. António Pires de Lima, a quem são devidos agradecimentos renovados.

de direito estrangeiro para regular as questões privadas internacionais, isto é, as questões privadas plurilocalizadas, ou seja, as que têm contactos relevantes com mais do que um ordenamento jurídico.

Esta possibilidade de o direito estrangeiro ser aplicado em Portugal, no ordenamento do foro, como a de o direito português ser aplicado no estrangeiro, é assim uma característica essencial do DIP.

Isto levanta certos problemas e suscita algumas dificuldades mas é uma imagem de marca – digamos assim – da nossa disciplina.

Quando falo aqui de aplicação do direito estrangeiro, refiro-me à aplicação do direito material estrangeiro, ou seja, de regras materiais, de regras de regulamentação substancial do direito estrangeiro, relativas, por exemplo, ao regime das formalidades do casamento. Eu próprio, que estive exilado vários anos, casei-me em França: como é que se regula a forma do casamento segundo o DIP português? É uma questão que vem regulada no artigo 50.º do Código Civil, que manda aplicar a lei do lugar da celebração, ou seja, neste caso, as normas materiais da ordem jurídica francesa. Portanto, é este problema que eu quero referir aqui.

Assim, queria excluir do âmbito desta pequena comunicação outras situações relativamente próximas; 1) uma delas é a aplicação de normas de conflitos estrangeiras: designadamente, através do instituto do *reenvio* ou *devolução*, pode acontecer que, se as normas de conflitos portuguesas remeterem para o direito estrangeiro, tal remissão deva ser entendida como sendo feita para as normas de conflitos estrangeiras. Não vou tratar disto aqui, pois isso não é um problema de aplicação do direito estrangeiro, mas sim de reenvio ou devolução, nem vou tratar de outras matérias em que o recurso ao DIP estrangeiro pode surgir, como, por exemplo, a *questão prévia em DIP*.

Também não vou tratar aqui 2) da aplicação das *normas de aplicação imediata* estrangeiras: como as normas de aplicação imediata são regras que, pela sua particular densidade valorativa, pelo seu carácter intervencionista, se aplicam no espaço autonomamente, segundo os seus próprios critérios, que exorbitam dos parâmetros gerais traçados pelas normas de conflitos comuns, pode suscitar-se um problema de aplicação de normas de aplicação imediata estrangeiras; como eu entendo, pelo menos segundo o meu modo de ver, que essas normas estrangeiras se não aplicam através de normas de conflitos de leis, mas mediante regras a que eu chamo regras de reconhecimento, também não vou tratar disto neste contexto.

Também me não vou ocupar 3) da aplicação das normas de direito processual estrangeiro: pode acontecer que, em Portugal, por força do nosso sistema de *qualificação* em DIP, cujo regime consta do artigo 15.º do Código Civil, se hajam de aplicar normas processuais, por exemplo, do direito inglês, relativas a um instituto chamado *limitation of actions* que corresponde, *mutatis mutandis*, aos nossos institutos da prescrição e da caducidade; essas normas do direito inglês são processuais, mas nós aplicá-las-emos, não por elas serem processuais, mas apesar de terem essa característica, havendo, porém, certas particularidades no plano da qualificação e em outras áreas do DIP; quanto ao mais, não há nada de novo, nada de especial, no que tange à aplicação do direito estrangeiro.

Ainda há outra matéria que eu também queria excluir aqui, que é 4) a questão da tomada em consideração do direito público estrangeiro: por exemplo, se eu tenho que saber se um determinado indivíduo tem nacionalidade estrangeira para determinar a sua lei pessoal – porque, nos termos dos artigos 25.º e 31.º, 1, do Código Civil, a lei pessoal é a lei da nacionalidade –, por exemplo, para saber se ele é nacional francês, eu tenho que interrogar as regras francesas relativas ao direito da nacionalidade, que são normas de direito público; o mesmo se diga, *mutatis mutandis*, para saber se um dado indivíduo goza ou não do direito de asilo num determinado país estrangeiro; como isso pode ter relevância em DIP, eu posso ter que interrogar essas normas; também me não vou debruçar sobre essa questão aqui, visto que haveria problemas específicos a referir, que ora não vêm ao caso.

Vou tratar da questão mais geral de a norma de conflitos conduzir à aplicação do direito estrangeiro. Queria ainda dizer que se é uma imagem de marca do DIP a aplicação do direito estrangeiro, é igualmente verdade que em oposição a isto existe também o chamado *lex-forismo*², que é a tendência universal de todos os ordenamentos e de todos os órgãos de aplicação do direito em todo o mundo para a *maximização da aplicação da lei do foro*, bem sintetizada numa célebre máxima de um juiz eminente, o Conselheiro Denis, da *Cour de cassation* francesa, que afirmou lapidariamente em 1910: “J’aime mieux la loi française que la loi étrangère”, isto é, gosto mais da lei francesa

² *Lex-forismo* vem de *lex fori*, lei do foro, isto é, lei do país no qual nos situamos, neste caso, a lei portuguesa.

do que da lei estrangeira, ou seja, eu, que sou um juiz francês, prefiro aplicar a lei francesa do que aplicar uma lei estrangeira³.

É óbvio que os órgãos de aplicação do direito declaram sempre que conhecem melhor a lei do seu país do que as leis estrangeiras, de modo que estão em melhores condições para a aplicar e que, portanto, mais vale aplicar a lei do foro do que as leis estranhas. É evidente que esta tendência levada ao seu limite acabaria com o DIP, porque, de facto, se não se aplica nunca o direito estrangeiro e só se aplica a lei do foro, não vale a pena estudar o DIP.

Esta tendência do *lex-forismo* tem várias manifestações possíveis: no primeiro volume da minha tese de doutoramento⁴, quando tratei desta tendência para a maximização da aplicação da lei do foro, recenseei, embora de modo não exaustivo, os vários expedientes que obstam à aplicação da lei estrangeira: a) uma primeira tendência consiste em desconhecer, pura e simplesmente, o carácter internacional da situação: se, por exemplo, um cidadão do Reino Unido for atropelado em Portugal por um automóvel e daí derivar um litúgio, põe-se entre parêntesis o facto de se tratar de uma pessoa de nacionalidade estrangeira e faz-se de conta que essa situação jurídica não tem nada que a distinga relativamente a uma situação em que fosse um lisboeta que tivesse sido atropelado. É bom de ver que, ao omitir-se esse elemento de *internacionalidade*, no fundo se está a maximizar a aplicação da lei do foro. Esta é talvez a modalidade mais corrente.

Em segundo lugar b), há várias teorias, mais ou menos sofisticadas, uma das quais é a chamada teoria das *normas de conflitos facultativas*, que tem várias versões, sendo seguida designadamente pela doutrina alemã e aplicada, na prática, pela jurisprudência francesa, que distingue a situação de a norma de conflitos levar à aplicação da lei do foro – e, nesse caso, aplica-se a norma de conflitos imperativamente – ou então de a regra de conexão conduzir *in concreto* à aplicação de uma lei estrangeira – e, nesse caso, ela seria de aplicação facultativa, o que significa que fica na dependência das partes a sua aplicação ou não no caso *sub iudice*: se as partes estiverem antes interessadas na

³ Cf. A. MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado – Esboço de uma teoria geral*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1991, pp. 42 e 234.

⁴ *Ibidem*, p. 41 ss.

aplicação da lei do foro, então faz-se de conta que se trata de uma situação que tem carácter internacional e cuja internacionalidade se reconhece, embora não por aplicação da lei que a norma de conflitos mandava aplicar, mas sim pela da lei do foro.

Sob esses vários pretextos, ressalta a ideia geral de que é mais fácil aplicar o direito quando a regra de conflitos manda aplicar a lei do foro do que quando remete para uma lei estrangeira. Eu penso que esta ideia não é absolutamente certa porque, como afirmam vários autores, v.g., um juiz português de um tribunal de família, que está especializado em Direito da Família, provavelmente conhecerá melhor o Direito da Família de outros ordenamentos (da Espanha, França, etc.), do que, por exemplo, o Direito Administrativo português, que é direito português mas com o qual ele não está familiarizado na prática, pois, mesmo ao nível dos órgãos de aplicação do direito, há também uma grande especialização. Portanto, a ideia de que o órgão de aplicação do direito conhece sempre melhor o seu próprio direito do que o alheio não é totalmente exacta⁵.

Em terceiro lugar c), o recurso excessivo à excepção de *ordem pública internacional*, a qual consta, designadamente, do artigo 22.º do Código Civil, também obsta à aplicação da lei estrangeira, pois se se entender, com demasiada frequência, que a aplicação, caso a caso, do direito estrangeiro colide com interesses fundamentais do ordenamento jurídico português, então é só num número muito minguado de hipóteses que se poderá aplicar uma lei estranha.

Um quarto expediente d) para maximizar a aplicação da lei do foro é o *reenvio* ou *devolução*: por exemplo, se a regra de conflitos do foro mandar aplicar uma lei estrangeira e a norma de conflitos estrangeira devolver para a lei do foro e eu aplicar a lei do foro, é óbvio que, através deste mecanismo do reenvio, deste jogo das normas de conflitos, eu vou aplicar a lei do foro num caso em que, por direitas contas, devia aplicar a lei estrangeira. É evidente que se não poderá fazer esta crítica ao sistema português de reenvio, que não visa maximizar a aplicação da lei do foro, embora se lhe possam assinalar outros inconvenientes, como a do seu carácter demasiado complexo; mas ela já poderá ser feita ao sistema francês de reenvio, que, em mais de 99 % dos casos, funciona em favor da aplicação da lei do foro.

⁵ Cf. *ibidem*, p. 62, nota 209, *in fine*.

Há ainda outros mecanismos, como, por um lado e), certas doutrinas norte-americanas, que partem da ideia básica da aplicação da lei do foro ou de uma ponderação dos interesses do Estado do foro, que são privilegiados relativamente aos dos Estados estrangeiros, e que redundam, portanto, na aplicação máxima da lei do foro⁶, e, por outro lado f), outras construções, talvez mais sofisticadas: por exemplo, na Inglaterra, parte-se por vezes da presunção da identidade da lei estrangeira com a lei do foro, o que significa que o tribunal inglês tem que aplicar a lei estrangeira e aplica-a, embora parta do princípio que ela é idêntica à lei do foro, a menos que se demonstre o contrário, acabando por ser aplicada uma “lei estrangeira” construída à imagem e semelhança da própria lei do foro⁷.

Para terminar esta introdução g), deve dizer-se que este *lex-forismo*, esta maximização da aplicação da lei do foro, traduzem uma dificuldade prática fundamental e real, verdadeira, autêntica, ou seja: se os órgãos de aplicação do direito, *maxime* os tribunais, têm tanta dificuldade em aplicar a lei estrangeira, é porque é difícil aplicar o direito estrangeiro; não é simplesmente carregando num botão que se obtém a solução do direito estrangeiro, pois o juiz do foro apenas conseguirá tirar uma fotografia com uma imagem mais ou menos desfocada do que é o direito estrangeiro porque, por direitas contas, ele deveria consultar os textos legislados, deveria compulsar a jurisprudência, mas, mesmo assim, isso não bastaria, pois ele teria que viver nessa ordem jurídica para conhecer, para dominar, o direito vivo estrangeiro e essa imagem do direito vivo só a poderá obter o próprio órgão estrangeiro de aplicação do direito e o órgão correspondente do foro jamais poderá ter essa imagem exacta do verdadeiro direito estrangeiro. Isto foi analisado por diversos autores, como o mestre alemão K. Zweigert, que sublinhou esta dificuldade⁸.

Posto isto, vale a ideia fundamental de que é necessário, em determinados casos, quando as regras de conflitos de leis assim o determinam, aplicar o direito estrangeiro. Resta saber como.

⁶ Cf. *ibidem*, pp. 294 ss. e 332 ss., a exposição pormenorizada das doutrinas de A.A. Ehrenzweig e de B. Currie, respectivamente.

⁷ Cf. *ibidem*, p. 55, nota 189.

⁸ Cf. *ibidem*, p. 65, nota 216, último §: “O juiz não vive na comunidade jurídica estrangeira e há o risco evidente de que ele aplique direito morto e não direito vivo” (tradução minha).

I – Como se aplica o direito estrangeiro?

Como é que se aplica este direito estrangeiro? E o que é o direito estrangeiro? Por um lado, como ensina a Professora Isabel de Magalhães Collaço, minha mestra, o direito estrangeiro é o direito válido e vigente num determinado ordenamento jurídico, independentemente de certos problemas de Direito Internacional Público que eventualmente possam surgir, *v.g.*, relativos ao reconhecimento internacional do Estado cujo direito deve ser aplicado: ou seja, não é por Portugal não ter relações diplomáticas, *v.g.*, com a Indonésia que, entre nós, se não deverá aplicar o direito indonésio, se for caso disso, isto é, se ele for o direito designado pelas normas de conflitos. São problemas totalmente diferentes⁹.

Por outro lado, pode haver dificuldade em saber qual é o direito válido e vigente num determinado país e pode ser necessário recorrer, por vezes, ao próprio Direito Internacional Público para ele nos elucidar.

Um exemplo vivo, a meu ver, é saber se há direito válido e vigente em Timor-Leste neste momento. Que direito será? Será ainda o direito indonésio, depois de os indonésios se terem retirado de Timor? Será ainda o direito português? Será o direito que os australianos estão a aplicar, direito australiano portanto? O problema de saber qual o direito válido e vigente neste momento em Timor-Leste poderá ser um problema difícil de solucionar¹⁰.

Outra ideia fundamental é que não é possível ignorar um determinado direito estrangeiro só porque, por hipótese, o seu conteúdo não agrada ao órgão de aplicação do direito do ordenamento do foro, ou seja, *v.g.*, durante a existência da União Soviética não se ia aplicar o direito do tempo dos czares. Se houvesse que aplicar o direito soviético, deveria aplicar-se o direito soviético e não a lei czarista; o que era possível, sim – mas isso já é outra ideia –, é que a ordem pública internacional do Estado do foro, isto é, nesta hipótese, a ordem pública

⁹ Cf. I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, Lisboa, AAFDL, 1959, copiograf., pp. 445-447.

¹⁰ Quanto à aplicação do direito indonésio em Timor, cf. o excelente estudo de Paulo OTERO, “A lei aplicável às relações jurídico-privadas envolvendo timorenses e constituídas em Timor-Leste entre 1975 e 1999”, in Jorge MIRANDA (organizador), *Timor e o Direito*, Lisboa, AAFDL, 2000, pp. 37 ss., *maxime* 47 ss.

internacional do Estado Português (artigo 22.º do Código Civil) rejeitasse, num determinado caso concreto, a aplicação do direito estrangeiro¹¹.

O direito estrangeiro (v.g., indonésio) é o verdadeiro direito estrangeiro, que poderá eventualmente, num determinado caso, não ser aplicado por a sua aplicação em concreto colidir com interesses fundamentais da ordem jurídica do foro.

A ideia de que se deve aplicar o direito estrangeiro e de que se não pode recusar a sua aplicação implica que cada Estado tenha um qualquer sistema, por mínimo que seja, de DIP, isto é, impõe que cada Estado aceite aplicar, numa medida maior ou menor, através dos seus órgãos de aplicação do direito, direito estrangeiro; se o não fizer, parece que não está a conformar-se com regras básicas e com princípios fundamentais do Direito Internacional Público. Não se trata de admitir uma maior ou menor medida de aplicação do direito estrangeiro, mas sim de lhe reconhecer algum campo de aplicação no Estado do foro.

Queria agora examinar, sucessivamente, por um lado A), o problema das fontes do direito estrangeiro e, por outro lado B), a questão dos processos de interpretação e de integração de lacunas do direito estrangeiro.

A) Fontes do direito estrangeiro aplicável

O direito estrangeiro é aplicado de acordo com o seu próprio sistema de fontes formais: assim, para além da *lei*, há ordenamentos em que a *jurisprudência* é fonte de direito (v.g., as ordens jurídicas da *common law*, *maxime* o direito inglês) e outros em que o *costume*¹² ou até, porventura, a doutrina são fontes de criação ou de revelação de regras jurídicas.

Do mesmo modo, a fiscalização da constitucionalidade das normas materiais do direito estrangeiro é feita de acordo com o Direito Constitucional estrangeiro, se este o exigir e se tal for tecnicamente

¹¹ Cf. I. MAGALHÃES COLLAÇO, *op. cit. supra*, nota 9, p. 447.

¹² Relativamente a um casamento celebrado na China de acordo com o direito costumeiro aí em vigor em 1943, cf. A. MARQUES DOS SANTOS, "Reconhecimento em Portugal de um casamento celebrado na China por cerimónia privada e seus efeitos em matéria de atribuição da nacionalidade portuguesa aos filhos havidos desse casamento", in *Estudos de Direito da Nacionalidade*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 213 ss.

possível, o que é diferente da questão do controle da constitucionalidade dessas mesmas normas em face da Constituição do Estado do foro, o qual poderá ser também eventualmente necessário, num dado caso concreto¹³.

B) Interpretação e integração de lacunas do direito estrangeiro

Se recorrermos ao artigo 23.º do Código Civil, este diz, no seu n.º 1, que "[a] lei estrangeira é interpretada dentro do sistema a que pertence e de acordo com as regras interpretativas nele fixadas". Portanto, o direito estrangeiro há-de ser interpretado de acordo com as suas próprias regras interpretativas e não segundo o disposto no artigo 9.º do Código Civil. As suas lacunas hão-de ser preenchidas com base na própria técnica do ordenamento estrangeiro e não segundo os critérios do artigo 10.º do Código Civil. Isto não é só o artigo 23.º, n.º 1, do Código Civil, que o diz, mas há também uma disposição na nova Lei Italiana de DIP (artigo 15.º) que determina exactamente a mesma coisa¹⁴.

Por exemplo, se se tratar de uma disposição de direito inglês legislado, de um *statute*, nós temos que seguir as técnicas de interpretação dos *statutes* do direito inglês; ora, no sistema inglês da *common law*, que é predominantemente um direito jurisprudencial, o direito legislado é ainda encarado com uma certa reserva, o que leva a que as técnicas

¹³ Sobre esta problemática, cf., entre nós, R. M. MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição – Introdução a uma análise das suas relações*, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1980, pp. 210 ss. e 235 ss.

Quanto à fiscalização da constitucionalidade das normas de conflitos do DIP do foro à luz da Constituição do foro, além de R. M. MOURA RAMOS, *ibidem*, p. 194 ss., cf. também A. MARQUES DOS SANTOS, "Constituição e Direito Internacional Privado – O estranho caso do artigo 51.º, n.º 3, do Código Civil", in Jorge MIRANDA (organizador), *Perspectivas constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra Editora, volume III, 1998, pp. 367-390.

¹⁴ Lei de 31 de Maio de 1995, n.º 218 – Reforma do sistema italiano de Direito Internacional Privado, "Art. 15 (Interpretazione e applicazione della legge straniera) – 1. La legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo"; ver o texto completo desta Lei em A. MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado – Colectânea de textos legislativos de fonte interna e internacional*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 1419 ss.

de interpretação do direito legislado privilegiem a interpretação literal ou mesmo a interpretação restritiva e não favoreçam a interpretação extensiva¹⁵; portanto, se estiver em causa a interpretação de uma lei inglesa, de um *statute* inglês, ele deve ser interpretado, não de acordo com o artigo 9.º do Código Civil, mas sim restritivamente, ou literalmente, segundo aquilo que se prescreve no ordenamento jurídico inglês.

Se se tratar do direito francês, deve notar-se que nele está em vigor ainda hoje a velha máxima, que entre nós não vale¹⁶, *in claris non fit interpretatio* (“a lei clara não carece de interpretação”). Este princípio, que era defendido em Portugal no tempo da Lei da Boa Razão¹⁷, mas que hoje não pode colher apoio no artigo 9.º do Código Civil, ainda está em vigor no direito francês, entendendo-se que a lei clara não carece de interpretação, a menos que haja “desnaturação” (*dénaturation*) da lei clara¹⁸. Ora, se eu tiver que interpretar uma regra francesa, tenho que me ater a este princípio de interpretação do direito gaulês, que não faz sentido segundo os cânones interpretativos do direito português.

Repare-se que esta necessidade de se conformar com a interpretação seguida no ordenamento jurídico estrangeiro vai tão longe que se citam casos como o do artigo 970.º do Código Civil francês, relativo ao testamento ológrafo – que é o testamento escrito, datado e assinado pelo punho do testador –, o qual, estando em vigor no direito francês e no direito belga, é, no entanto, interpretado diferentemente na França e na Bélgica, sendo certo que o texto é o mesmo, pois o preceito do

¹⁵ Cf. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução ao Direito Comparado*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 107-108.

¹⁶ Cf. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral – Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, 9.ª edição, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 377-378; cf., além deste, os demais autores citados por A. MARQUES DOS SANTOS, *op. cit. supra*, nota 3, vol. I, p. 150, nota 519.

¹⁷ Cf. J. H. CORREIA TELLES, *Commentario Critico Á Lei da Boa Razão, em data de 18 de Agosto de 1769*. Lisboa, Typ. de Antonio José da Rocha: 1836, p. 6, com referência ao preâmbulo da Lei da Boa Razão (Lei de 18.8.1769), onde se fustigavam as “interpretações abusivas” (*ibidem*, p. 3): “Se as palavras de huma Lei são claras, e bem conhecido o espirito do Author della; trabalhar pela interpretar he effeito de paixão, que cega o entendimento, he o mesmo que accender huma luz á luz do Sol, com perigo de nos queimarmos. Este he o primeiro abuso, que se póde fazer da interpretação, justamente condemnado no proemio da nossa Lei”.

¹⁸ Cf., em pormenor, A. MARQUES DOS SANTOS, *op. cit. supra*, nota 3, vol. I, pp. 148 ss.

Código Civil belga retomou o teor da disposição do Código Civil francês. Ora o testamento ológrafo não datado era considerado válido na Bélgica e inválido em França e um juiz francês, aplicando o artigo 970.º do *Code civil* como direito belga, teve que seguir obviamente a interpretação dada na Bélgica, que era contrária à que era seguida em França¹⁹.

Poderia dar outro exemplo para os colegas de Moçambique relativo ao artigo 877.º do Código Civil Português – que é igualmente o artigo 877.º do Código Civil de Moçambique –, que é a norma que proíbe que os pais e avós vendam aos filhos ou netos, sem o consentimento dos outros filhos ou netos. Imaginemos que em Portugal tal norma é objecto de uma interpretação estrita, de tal modo que pais e avós são tão-só os pais e os avós e os filhos e netos são apenas os filhos e netos. Suponhamos, por hipótese, que em Moçambique se adopta uma interpretação mais lata, mais ampla, segundo a qual se entende que, para além dos avós, o preceito também se pode aplicar aos bisavós e trisavós, bem como aos bisnetos e trinnetos. Se assim for, se um juiz português tiver que aplicar este artigo 877.º do Código Civil Português, mas como norma do Código Civil de Moçambique, aqui em Portugal, é óbvio que é pelo direito moçambicano que se há-de decidir a interpretação que é dada em Moçambique, a qual, por hipótese, é diferente da que é seguida em Portugal.

Como já disse, isto resulta não só do artigo 23.º do Código Civil Português mas também de outras regras como, por exemplo, do artigo 15.º da Lei Italiana de Direito Internacional Privado, de 31 de Maio de 1995²⁰.

II – Estatuto do direito estrangeiro

Passando agora à II Parte, há um problema quiçá mais complicado, pelo menos pelas dificuldades que pode suscitar, que é o do estatuto do direito estrangeiro: como já disse, trata-se de saber se o direito estrangeiro, uma vez aplicado e ao ser aplicado pelos órgãos de aplicação do direito do Estado do foro, é considerado verdadeiro direito ou é encarado como matéria de facto.

¹⁹ Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 1982, pp. 245-246.

²⁰ Cf. *supra*, nota 14.

Nesta II Parte, tratar-se-á, sucessivamente **A**), do conhecimento e prova do direito estrangeiro e, a seguir **B**), do problema do desconhecimento do conteúdo do direito estrangeiro aplicável.

A) Conhecimento e prova do direito estrangeiro

Gostaria de começar por dizer que as várias ordens jurídicas variam, quanto ao entendimento deste problema: na Inglaterra, o direito estrangeiro é havido como matéria de facto, de tal modo que deve ser provado em juízo por testemunhas, segundo o sistema da *expert witness*, e, se não for feita a respectiva prova, o direito estrangeiro não será obviamente aplicado, ou seja, dito de outro modo, não existe um dever de aplicação oficiosa do direito estrangeiro pelos tribunais ingleses.

Na Alemanha, o direito estrangeiro é aplicado officiosamente, assim como na Áustria, em que tal doutrina resulta directamente do § 3 da Lei Austríaca de Direito Internacional Privado, de 15 de Junho de 1978²¹.

Quanto à Espanha, há também uma obrigação de aplicação oficiosa, nos termos do artigo 12, 6 do Código Civil²², mas, no entanto, é necessário fazer a prova – ou, pelo menos, proceder à demonstração – do conteúdo e da vigência do direito estrangeiro: em Espanha, correntemente, os tribunais, e nomeadamente o Tribunal Supremo, exigem que dois peritos do ordenamento estrangeiro cujo direito está em causa – por exemplo, dois juristas portugueses, se se tratar do direito português – dêem um parecer demonstrando qual é o teor do direito estrangeiro em causa: portanto, há uma aplicação oficiosa mas, ao mesmo tempo, existe uma obrigação de demonstração do conteúdo e da vigência do direito estrangeiro²³.

²¹ “Anwendung fremden Rechtes – § 3. Ist fremdes Recht maßgebend, so ist es von Amts wegen und wie in seinem ursprünglichen Geltungsbereich anzuwenden” [“Aplicação do direito estrangeiro – § 3. Se o direito estrangeiro for competente, deve ser aplicado officiosamente e tal como é no seu âmbito de vigência de origem”]: cf. A. MARQUES DOS SANTOS, *op. cit. supra*, nota 14, pp. 1393 e 1381.

²² “Art. 12.6 – Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español” (primeiro parágrafo): cf. A. MARQUES DOS SANTOS, *op. cit. supra*, nota 14, p. 1415.

²³ “Art. 12.6 [segundo parágrafo] – La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse,

Em Itália, há um dever de conhecimento officioso do direito estrangeiro, mas também existe uma obrigação de colaboração das partes relativamente à determinação do conteúdo do direito estrangeiro. Isto consta expressamente do artigo 14.º da Lei Italiana de DIP²⁴.

Quanto à França, no que toca ao estatuto do direito estrangeiro, pode dizer-se que há uma jurisprudência “errática” ou em ziguezague, pois tanto se fala de aplicação oficiosa como se exige a demonstração ou mesmo a prova do conteúdo e da vigência do direito estrangeiro, sob pena de perder a causa, o que significa, no fundo, que se está a tratar o direito estrangeiro como um facto. Sem desprimor para o alto órgão de aplicação do direito em França que é a *Cour de cassation* – o DIP francês é de origem eminentemente jurisprudencial –, poder-se-ia dizer que ela ora decide de uma maneira ora se pronuncia num sentido que é diametralmente oposto. É uma jurisprudência “errática” e a expressão não é minha, mas sim de um eminente jurista francês (P. Lagarde).

E entre nós? Quando digo nós, julgo que isto se aplica quer a Portugal quer a Moçambique, a menos que os nossos ilustres colegas moçambicanos me contradigam relativamente àquilo que vou dizer a seguir.

Entre nós, esta matéria é regida pelo artigo 348.º do Código Civil e pelo artigo 721.º do Código de Processo Civil. Eu penso que se pode dizer que não há, entre nós, um ónus de alegação nem de prova do direito estrangeiro. Posso demonstrar isto, invocando a 2.ª parte do n.º 1 e o n.º 2 do artigo 348.º do Código Civil. Enquanto a 1.ª parte do n.º 1 do artigo 348.º determina que “[à]quele que invocar direito consuetudinário, local ou estrangeiro compete fazer a prova da sua exis-

además, de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas”: cf. A. MARQUES DOS SANTOS, *op. cit. supra*, nota 14, p. 1415.

²⁴ Lei de 31 de Maio de 1995, n.º 218 – Reforma do sistema italiano de Direito Internacional Privado: “Art. 14 (Conoscenza della legge straniera applicabile) – 1. L’accertamento della legge straniera è compiuto d’ufficio dal giudice. A tal fine questi può avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del Ministero di grazia e giustizia; può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate. 2. Qualora il giudice non riesca ad accertare la legge straniera indicata, neanche con l’aiuto delle parti, applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana”; cf. A. MARQUES DOS SANTOS, *op. cit. supra*, nota 14, p. 1422.

tência e conteúdo”, a 2.^a parte – que é o que ora nos interessa – acrescenta: “mas o tribunal deve procurar, officiosamente, obter o respectivo conhecimento”. O n.º 2 do mesmo artigo estabelece que “[o] conhecimento officioso incumbe também ao tribunal, sempre que este tenha de decidir com base no direito consuetudinário, local ou estrangeiro e nenhuma das partes o tenha invocado, ou a parte contrária tenha reconhecido a sua existência e conteúdo ou não haja deduzido oposição”²⁵.

Isto é, os órgãos de aplicação do direito têm que conhecer officiosamente o direito estrangeiro – e, mais do que isso, têm que o conhecer officiosamente, *ainda que ele não tenha sido invocado pelos interessados* –, já que vale entre nós o princípio *jura novit curia* ou *la cour sait le droit* (“o tribunal conhece o direito”), ou seja, o tribunal não tem que conhecer *ex officio* a matéria de facto, a qual tem que ser alegada e provada pelas partes – a menos que se trate de factos notórios –, mas a matéria de direito tem que ser indagada officiosamente pelos órgãos de aplicação do direito.

Ora, se se diz que o tribunal tem que averiguar officiosamente qual é o teor do direito estrangeiro, ainda que este não tenha sido invocado ou alegado pelos interessados, então é porque não há um ónus de alegação nem de prova do direito estrangeiro, havendo sim um dever de aplicação e de conhecimento officiosos do direito alheio pelos órgãos de aplicação do direito portugueses.

Então, se assim é, há que explicar aquela 1.^a parte do n.º 1 do artigo 348.º do Código Civil. Eu sei que isto que estou a dizer não é pacífico, pois há muitos autores ilustres que defendem outra coisa²⁶, mas eu estou aqui para dizer a minha opinião.

²⁵ É óbvio que dos três tipos de direito mencionados no artigo 348.º – direito consuetudinário, direito local e direito estrangeiro –, no presente contexto só o direito estrangeiro nos interessa.

²⁶ Cf. J. OLIVEIRA ASCENSAO, *op. cit. supra*, nota 16, p. 251, para quem existe um verdadeiro ónus da prova do direito estrangeiro; no mesmo sentido, cf. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lisboa, LEX, 1995, pp. 213-215; ANTUNES VARELA-J. MIGUEL BEZERRA-SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, pp. 437-438; J. LEBRE DE FREITAS, *A acção declarativa comum à luz do Código revisto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 168-171, 182-183, não trata desta questão; ao que julgamos, I. GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, volume I, 11.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 129-130, não considera que haja um ónus da prova do direito estrangeiro.

“Àquele que invocar direito... estrangeiro compete fazer a prova da sua existência e conteúdo” – que quererá dizer isto? A meu ver, trata-se de um mero *onus de colaboração das partes com o órgão de aplicação do direito*. Aliás, o artigo 14, 2, 1.^a parte, da Lei Italiana de DIP, de 31 de Maio de 1995, diz que as partes devem colaborar com o tribunal na averiguação do conteúdo do direito estrangeiro²⁷; ora, é exactamente isto que sucede entre nós, porque o tribunal tem que esforçar-se por conhecer o direito estrangeiro, mas este pode ser – na sua óptica – um direito “exótico”, “bizarro”, ou, como eu costumava dizer aos meus alunos, pode ser o “direito da Cochinchina”, sendo, por hipótese, extremamente difícil para o órgão português de aplicação do direito averiguar qual é o “direito da Cochinchina”.

Ora, como a ninguém é exigível que descubra o que é muito difícil – senão impossível – de indagar, pode acontecer que o tribunal, apesar de ser obrigado a determinar *ex officio* o direito estrangeiro, não o consiga conhecer e que as partes tenham todo o interesse em colaborar com ele, isto é, tenham um *onus de colaboração* com o órgão de aplicação do direito, no sentido de o ajudar a descobrir o conteúdo do direito estrangeiro.

Assim se concilia, a meu ver, a 1.^a parte do artigo 348.º, n.º 1, do Código Civil, com a 2.^a parte do n.º 1 e com o n.º 2 do mesmo artigo. Daqui se deduz, portanto, que o direito estrangeiro é *verdadeiro direito* cuja existência e conteúdo o órgão português de aplicação do direito tem que determinar officiosamente.

O mesmo se infere, a meu ver, do artigo 721.º, n.ºs 2 e 3, do Código de Processo Civil, relativo ao recurso de revista. Aí se diz que “[o] fundamento específico do recurso de revista é a violação da lei substantiva, que pode consistir tanto no erro de interpretação ou de aplicação, como no erro de determinação da norma aplicável...” (n.º 2), esclarecendo-se, no n.º 3, que, “[p]ara os efeitos deste artigo, consideram-se como lei substantiva... as disposições genéricas, de carácter substantivo, emanadas dos órgãos de soberania... estrangeiros...”; portanto, as disposições genéricas, de carácter substantivo, emanadas dos órgãos de soberania estrangeiros são havidas como lei substantiva, para efeitos do recurso de revista.

²⁷ Cf. *supra*, nota 24: “Qualora il giudice non riesca ad accertare la legge straniera indicata, neanche con l'aiuto delle parti...” (sublinhado meu).

Como já decerto notaram, há aqui algo que falta: na medida em que há uma referência às disposições genéricas *emanadas dos órgãos de soberania estrangeiros*, há algo que fica de fora, que é o *costume estrangeiro*, visto que o costume, por definição, não é emanado de um órgão de soberania.

Na realidade, é incontroverso que o legislador do Código de Processo Civil, a partir de 1961, quis excluir aqui o costume estrangeiro e isto porque o artigo 722.º, § 1.º, do Código de Processo Civil de 1939 também considerava como lei substantiva “os usos e costumes quando tenham força de lei”. Ora, como esta referência foi eliminada, é indubitável que há um pequeno problema relativamente ao costume estrangeiro; quererá isto dizer que aquilo que eu disse relativamente ao carácter de direito do direito estrangeiro não vale para o costume? Eu penso que não; a meu ver, o costume estrangeiro é tão direito como o direito de origem legislativa ou jurisprudencial – ou mesmo doutrinal, se porventura existir em qualquer ordenamento.

O que acontece é que, em meu entender, por razões de praticabilidade, no que toca a este efeito simples que é a relevância para efeitos do recurso de revista, o legislador excluiu a violação do costume estrangeiro como fundamento deste recurso, provavelmente porque, se não é fácil, em tese geral, determinar a existência e o conteúdo do direito estrangeiro, muito menos fácil será determinar o teor do costume estrangeiro, que o mais das vezes não será escrito, estará sujeito a controvérsias quanto ao seu verdadeiro alcance, etc.

O legislador entendeu que provavelmente se criariam tantos problemas que o melhor seria eliminar o erro sobre o costume estrangeiro como fundamento do recurso de revista; mas isso não quer, de modo algum, dizer que o costume estrangeiro não deva ser conhecido e aplicado officiosamente pelos tribunais portugueses; apesar do seu carácter algo enfraquecido no que toca a este aspecto, ele não deixará de ser verdadeiro direito quanto aos demais efeitos.

Queria ainda dizer muito rapidamente que, para ajudar os juízes portugueses – e não só portugueses –, há várias Convenções internacionais sobre a informação em matéria de direito estrangeiro, das quais gostaria de mencionar três²⁸: a Convenção Europeia no Campo da

²⁸ Cf. os respectivos textos em A. MARQUES DOS SANTOS, *op. cit. supra*, nota 14, p. 1077 ss.

Informação sobre o Direito Estrangeiro, assinada em Londres em 7 de Junho de 1968, que está em vigor em Portugal²⁹, o Protocolo Adicional à Convenção Europeia no Domínio da Informação sobre o Direito Estrangeiro, aberto à assinatura em Estrasburgo em 15 de Março de 1978, que também vigora em Portugal, e a Convenção sobre Informação em Matéria Jurídica com respeito ao Direito Vigente e sua Aplicação, concluída em Brasília em 22 de Setembro de 1972, em vigor para a Argentina e Portugal³⁰.

Entre nós não há, como em Hamburgo, na Alemanha, um Instituto Max-Planck para o Estudo do Direito Estrangeiro e do DIP, que dá pareceres aos órgãos de aplicação do direito sobre o teor do direito estrangeiro e que é formado por juristas qualificados cujo trabalho consiste em estudar permanentemente, conhecer e divulgar o direito estrangeiro. Nós não dispomos de tal recurso, mas temos, não obstante isso, um serviço que pode ajudar os juristas na determinação e na aplicação do direito estrangeiro, que é o Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República, que presta serviços eminentes nesta matéria e ao qual penso que é possível recorrer.

Estas Convenções, que estão em vigor em Portugal, têm mecanismos que podem permitir também ajudar os órgãos de aplicação do direito do nosso país na determinação do direito estrangeiro aplicável.

Resta-me só falar de dois problemas relativamente marginais, que são o de saber o que é que acontece no caso de não ser conhecido o conteúdo do direito estrangeiro aplicável – um órgão de aplicação do direito pretende aplicar um dado direito estrangeiro mas não consegue conhecer o conteúdo desse direito – e outro problema análogo a este, que pode acarretar as mesmas consequências, que é o da impossibilidade de determinar o elemento com base no qual se devia aplicar o direito estrangeiro: por exemplo, tendo que aplicar a lei da nacionalidade para determinar a capacidade de uma pessoa, ignoro qual é essa nacionalidade.

Como é que se resolvem estes casos?

²⁹ Cf. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit. supra*, nota 26, pp. 214-215.

³⁰ Cf. A. MARQUES DOS SANTOS, *op. cit. supra*, nota 14, p. 1086.

B) Desconhecimento do conteúdo do direito estrangeiro

Quando não se consegue conhecer directamente o direito estrangeiro, como ensina o meu mestre Prof. Ferrer Correia³¹, deve recorrer-se às *presunções*: v.g., eu não conheço o direito estrangeiro aplicável, mas conheço um direito próximo desse ordenamento jurídico, que pertence à família da *common law*, tal como o direito desconhecido, pelo que há fortes probabilidades de haver alguma semelhança entre os dois, quanto à norma que eu desconheço; ou então, sei que se trata de um sistema de direito da família romano-germânica e, como eu conheço, em geral, qual é a regra homóloga nesses sistemas, sempre haverá alguma possibilidade de, através da via indirecta das *presunções*, determinar com alguma segurança o teor do direito estrangeiro aplicável.

Esta é uma das vias de solução. Se ela não puder ser utilizada, isto é, se não for possível determinar nem directa, nem indirectamente – através de *presunções* – o direito estrangeiro, diz o artigo 23.º, n.º 2, do Código Civil de Portugal (e de Moçambique): “[n]a impossibilidade de averiguar o conteúdo da lei estrangeira aplicável, recorrer-se-á à lei que for subsidiariamente competente...”. Ou seja, por exemplo, se se tratar de matérias do âmbito do estatuto pessoal (capacidade, estado das pessoas – artigo 25.º do Código Civil), elas são reguladas pela lei da nacionalidade (artigo 31.º, n.º 1, do mesmo Código), cujo teor, por hipótese, não é possível determinar no caso *sub judice*, sendo necessário recorrer à lei subsidiariamente competente.

Qual é esta lei? Se uma pessoa não tiver nacionalidade, que é o caso dos apátridas – os quais, por definição, não têm nacionalidade –, o artigo 32.º do mesmo diploma manda aplicar a lei da residência habitual, como lei subsidiária em matéria de estatuto pessoal. Portanto, se eu não souber qual é o direito aplicável como lei da nacionalidade, recorrerrei à lei da residência habitual e o problema ficará resolvido, não por aplicação da lei que era primariamente competente, mas sim por aplicação da lei que só o é subsidiariamente.

Mas pode acontecer que nem sequer seja possível determinar este direito subsidiário: se assim for, *quid juris*? O legislador português pensou nisto e, neste caso, e com razão, segundo manda o artigo 348.º,

³¹ Cf. A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1973, copiógraf., p. 593 ss.

n.º 3, do Código Civil, “[n]a impossibilidade de determinar o conteúdo do direito aplicável, o tribunal recorrerá às regras do direito comum português”.

Aqui, quando se fala do direito aplicável, trata-se quer do direito primariamente aplicável – directa ou indirectamente, através de *presunções* –, quer do direito que for subsidiariamente aplicável; ou seja, o artigo 23.º, n.º 2, do Código Civil tem precedência sobre o artigo 348.º, n.º 3; portanto, só como *ultima ratio*, se não houver outra solução, é que se aplica o direito material português.

Poderá acusar-se neste caso, o legislador português de ter em vista a maximização da aplicação da lei do foro? A meu ver, não se pode, visto que só em última instância é que se recorre ao direito comum português para evitar a denegação de justiça e para que, também no plano do DIP, se cumpra o dever de julgar, que consta do artigo 8.º, n.º 1, do Código Civil.

C) Impossibilidade de determinar o elemento de conexão

Quanto ao outro problema paralelo que surge, por exemplo, de se dever aplicar a lei da nacionalidade e não se saber qual é a nacionalidade, ensinava o Prof. J. Baptista Machado³² que pode acontecer que se saiba que a pessoa tem uma de duas nacionalidades (v.g., ou é espanhola ou é francesa), caso em que se deve tentar aplicar a lei da nacionalidade que for mais provável se for possível determiná-la, embora isso não seja inteiramente seguro.

Na hipótese de tal não ser possível, então a solução é a mesma que consta do artigo 23.º, n.º 2, do Código Civil, pois a parte final deste preceito manda também recorrer à lei subsidiariamente competente “sempre que não for possível determinar os elementos de facto ou de direito de que dependa a designação da lei aplicável”. Se, ainda assim, também não for possível encontrar uma solução, é óbvio que se recorre também ao direito português, nos termos do artigo 348.º, n.º 3, do Código Civil, pelas razões já anteriormente indicadas.

³² Cf. *op. cit. supra*, nota 19, p. 250.

Conclusão

Não sei se excedi o meu tempo, mas se me dão licença, Senhor Bastonário e ilustres colegas, gostaria de dizer só mais duas palavras à guisa de conclusão.

Eu sei que há muitas pessoas que não gostam do DIP mas o DIP é uma disciplina muito importante não só no plano teórico, como toda a gente sempre reconheceu, mas também, e cada vez mais, no plano prático, visto que estamos num mundo aberto e não fechado, num mundo de globalização económica e num país que tem dez milhões de habitantes em Portugal, mas tem quatro milhões de cidadãos seus no estrangeiro e tem igualmente centenas de milhares de pessoas de outras nacionalidades – designadamente de Moçambique – a viver e a trabalhar em Portugal. Há assim muitos problemas de DIP que se suscitam entre nós e se não há ainda mais é porque, salvo o devido respeito, os órgãos de aplicação do direito seguem amiúde aquela técnica de fechar os olhos e de fingir que não estão em causa problemas de DIP.

Isto é uma matéria muito importante e eu queria dizer que, na minha Faculdade – a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa –, em dez anos foram concluídos três doutoramentos versando temas de DIP e que já foi apresentada mais uma tese doutoral pelo Dr. Dário Moura Vicente, aqui presente.

Há uma ilustre jurista francesa, com a qual eu pessoalmente não estou de acordo, chamada France Déby-Gérard, que pugna muito pelas normas de conflitos e pelos conflitos de leis. Eu acho que as normas de conflitos não são todo o DIP³³, mas essa ilustre jurista diz-se pronta a “militar em prol de um *neoconflitualismo*”³⁴.

Eu não me considero militante dos conflitos de leis, mas sim militante do DIP, o que me levou, designadamente, a dar aulas de DIP, para além da minha Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no Departamento Autónomo de Direito³⁵ da Universidade do Minho e na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, sem o que esta disciplina não teria certamente sido ensinada nestas duas Escolas, por falta de docentes.

³³ Cf. A. MARQUES DOS SANTOS, *op. cit. supra*, nota 3, pp. 36, 1060 e *passim*.

³⁴ Cf. F. DEBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, Dalloz, 1973, p. 419 (sublinhado no original).

³⁵ Actualmente Escola de Direito [Agosto de 2000].

Faço votos de que, desta singela conferência – que se pretendeu fosse muito simples e sem quaisquer veleidades de dar grandes contributos científicos –, fique a ideia clara de que as matérias do DIP são muito importantes na vida prática dos juristas no dealbar do século XXI.

Muito obrigado pela vossa atenção.