

A. FERRER CORREIA

Professor jubilado da Faculdade de Direito
e Reitor honorário da Universidade de Coimbra
Professor ordinário da Faculdade de Direito
da Universidade Católica Portuguesa

Membro emérito da Academia Internacional de Direito Comparado
Membro honorário do Instituto de Direito Internacional

LIÇÕES DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO I

Com a colaboração de Luís Barreto Xavier,
Assistente da Faculdade de Direito da
Universidade Católica Portuguesa



ALMEDINA

CAPÍTULO I

Resumo histórico¹²¹

§ 1.º

Origens do Direito Internacional Privado

50. O Direito Internacional Privado dos nossos dias não nos foi legado pelos romanos, mas por juristas que viveram a partir do século XI¹²². Originariamente, o *jus civile* é exclusivo dos cidadãos romanos. O peregrino — isto é, o não latino cuja cidade concluiu com Roma um tratado que lhe confere certos direitos nas relações com os cidadãos romanos — não tem acesso ao *jus civile*¹²³. E mesmo quando Roma submeteu ao seu domínio os povos vizinhos, o acesso ao *jus civile* só foi reconhecido aos latinos. Deste modo, tornou-se necessária a criação de um direito que regulasse os casos mistos, isto é, as relações entre cidadãos e peregrinos. Este direito foi o *jus gentium*: uma lei material particular para os referidos casos. Mas como o

¹²¹ Vide: LAINÉ, *Introduction au dip*, I (1888) e II (1892); GUTZWILLER, *Le développement historique du DIP*, «Rec. des Cours», 1929, IV, págs. 287 e segs.; MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du DIP*, «Rec. des Cours», 1934, III, págs. 543 e segs.; IDEM, *Etudes d'histoire du droit*, I, 1956, págs. 228 e segs.; BARILE, *Funciones e interpretación del DIP en una perspectiva histórica*, Valladolid, 1965; MACHADO VILELA, *Tratado*, I, págs. 294 e segs.; WOLFF, *PIL*, págs. 19 e segs.; P. MAYER, *Droit International Privé*, n.ºs 48 e segs.; B. AUDIT, *Droit International Privé*, n.ºs 66 e segs.

¹²² GUTZWILLER, *op. loc. cit.*, p. 297.

¹²³ BATIFFOL-LAGARDE, *ob. e vol. cit.*, p. 20

jus gentium não era um sistema jurídico completo — faltava-lhe, por exemplo, uma regulamentação do instituto sucessório — as leis peregrinas tiveram de ser reconhecidas pelos juristas romanos, função que foi sobretudo deferida ao pretor peregrino¹²⁴, essencialmente em matéria de relações de família.

Daqui nasceu uma prática nova: a aplicação por um mesmo juiz de leis diferentes, segundo a origem das partes. Deste sistema não podiam deixar de resultar conflitos de leis, mas estes problemas foram ignorados pelo direito romano.

Não é tão-pouco nas monarquias bárbaras da Europa, durante a Alta Idade Média, que tem o seu início o movimento de gestação do moderno DIP. Aí, torna-se de aplicação universal o princípio da personalidade do direito. Os diferentes povos incorporados na mesma unidade política gozam do privilégio de viver segundo as suas leis próprias: cada pessoa, ao deslocar-se, leva consigo as leis da sua raça ou da sua origem. Cada indivíduo tem um verdadeiro direito à aplicação da sua própria lei: cada um pode *sua lege vivere*. Neste sistema não há propriamente conflitos de leis, porque «é impensável *a priori* aplicar a um indivíduo a lei de um grupo étnico diferente do seu»¹²⁵. No entanto, há que resolver o problema da combinação de duas leis quando a relação jurídica tem por sujeitos pessoas que dependem de leis diferentes. Para tal fim, verifica-se se cada um pôde adquirir ou alienar validamente, segundo a sua lei pessoal, o direito em questão¹²⁶.

Pouco a pouco, o princípio da personalidade é substituído pelo da territorialidade, no sentido de que o âmbito das leis e dos costumes é territorial. Com efeito, como o faz notar P. MAYER (p. 43), a população tem tendência a fixar-se num

¹²⁴ *IDEM*, *ob. e vol. cit.*, p. 21. A magistratura do pretor peregrino foi criada em 242 a.J.C.

¹²⁵ PIERRE MAYER, *DIP*, p. 42.

¹²⁶ *A. cit.*, *ibidem*.

território dado e a fundir-se, já que os casamentos mistos não são proibidos e que ao cabo de um certo número de gerações a recordação da pertença à comunidade de origem desvaneceu-se. Mas durante um período intermédio, isto é, enquanto a diversidade das leis subsiste, pratica-se o sistema da *professio juris*: cada um declara a lei segundo a qual vive (*lex qua vivit*).

No entanto, essa multiplicidade das leis num mesmo território vai desaparecer em breve: as próprias leis antigas se fundem e novas instituições são criadas. E uma vez que as novas regras de direito, adaptadas a condições económicas e sociais diferentes, têm um domínio de aplicação territorial, a mesma questão de direito pode estar conexas com territórios diferentes pelos seus diversos elementos. Surge assim um conflito de leis, que urge resolver. No sistema da territorialidade tal como existiu na Idade Média, só a lei editada ou admitida pela autoridade local se aplica. Para designar esta aplicação generalizada da *lex fori* fala-se de territorialismo. Em cada território é aplicada uma única lei.

51. As origens do moderno DIP podem fazer-se remontar ao fim do séc. XIII.

A partir do séc. XI, as cidades da Itália do Norte — Módena, Bolonha, Florença, Pádua, Génova, Veneza — que se tinham tornado centros comerciais de grande importância, no exercício da sua autonomia legislativa, começam a reduzir a escrito o seu direito consuetudinário local e a compilar os seus estatutos. Os estatutos das cidades, que se ocupam principalmente das relações jurídicas de carácter privado, diferem entre si: a regulamentação que estabelecem para estas relações está longe de ser uniforme.

Ora essas cidades italianas do Norte (como já foi dito) entregam-se em larga escala ao exercício do comércio — e isto origina naturalmente contactos cada vez mais frequentes entre habitantes de diferentes cidades. Mercadores de Bolonha

ou Florença passam amiúde as portas de Módena ou Veneza, para aí estabelecer relações de comércio com mercadores locais. Bem cedo acontece tornar-se frequente o caso de ser demandado perante as justiças de uma cidade um habitante de outra cidade. E surge então a pergunta: qual o estatuto aplicável nestes casos?

A primeira solução, que o problema recebeu da parte da jurisprudência, foi esta: se um bolonhês é demandado em Módena, será aplicável o estatuto local, pois é ao tribunal de Módena que pertence dirimir o litígio (*lex fori*).

Mas em breve surgem ideias novas. O século X é o da fundação da Escola de Bolonha. Os velhos textos do direito romano são tirados do esquecimento e trazidos para a discussão e para o estudo. Os problemas originados pelos conflitos de estatutos começam a ser estudados pelos professores de Bolonha, que formulam as suas conclusões à margem dos textos romanos. Dentro em pouco, assiste-se à sustentação de teses audaciosas. A aplicação do direito local comporta limites; o direito local, que não se dirige senão aos súbditos do soberano local, só a estes pode obrigar.

Mas, se o direito local não é aplicável aos estrangeiros, que direito lhes há-de então ser aplicado?

Pode dizer-se que, nesta primeira fase (séculos XII e XIII), a pergunta não obteve uma resposta satisfatória. Ainda no começo do século XIII, a *lex fori* era considerada a única aplicável. Contudo, já cerca de 50 anos antes Magister ALDRICUS ensinava que quando os litigantes pertenciam a diversos territórios com direito consuetudinário diferente, o juiz deve aplicar a «*consuetudo quae potior et utilior videtur; debet enim iudicare secundum quod melius ei visum fuerit*» (pois ele deve julgar segundo o que lhe parecer melhor)¹²⁷.

¹²⁷ Citação de KEGEL, *IPR*, p. 130.

§ 2.º

Fase de desenvolvimento

A teoria dos estatutos

52. A esta segue-se uma fase de intensa elaboração doutrinal, cujo início deve ser fixado em fins do séc. XIII. Ao conjunto de regras doutrinárias, a partir de então elaboradas sobre os limites de aplicação dos diferentes estatutos e costumes locais, dá-se o nome genérico de *teoria dos estatutos*. É esta — pode dizer-se — a primeira tentativa de resolução dos conflitos de sistemas jurídicos baseada no princípio do reconhecimento e da aplicabilidade do direito estrangeiro pelo juiz local.

Inicia-se esta fase com os *post-glosadores*, na última metade do séc. XIII, e é no final do século XVIII que geralmente se lhe marca o termo. É que, na verdade, há uma característica comum a todos os juristas deste período de cinco séculos, que se ocuparam do problema dos conflitos: todos partiram, para resolver as dificuldades levantadas por este problema, do próprio texto dos estatutos e costumes, ou, mais tarde, do próprio texto das leis nacionais, sem sentir a necessidade de prescrições especiais relativas à questão dos conflitos entre elas suscitados¹²⁸.

Podem considerar-se neste período três épocas distintas e, paralelamente, três escolas estatutárias, no sentido de que a teoria dos estatutos encontrou outras tantas realizações particulares.

A primeira é a *escola estatutária italiana* (séculos XIV a XVI), a segunda a *escola francesa dos sécs. XVI a XVIII*, a terceira a *escola holandesa* (séc. XVII).

53. *Escola italiana* (séculos XIV-XVI). — As doutrinas da escola italiana, à maneira da época, revestiram sempre a forma de comentários aos textos do direito romano. Foi da primeira

¹²⁸ A fase do DIP legal-positivo é muito mais tardia.

lei do Código de Justiniano — que começa pelas palavras «Cunctos populos quos clementiae nostrae regit imperium» — e da célebre glosa de Acúrsio a esta lei, que os juristas italianos partiram para elaborar as suas regras de conflitos dos estatutos. As palavras da lei — Cunctos populos... (a todos os povos que rege o império da nossa clemência) —, por contemrem uma alusão aos limites no espaço do poder imperial, sugeriram a seguinte glosa, geralmente atribuída a Acúrsio: «Se um cidadão bolonhês é demandado em Módena, não deve ser julgado segundo o estatuto de Módena, visto que lhe não está sujeito...» (*Statutum non ligat nisi subditos*).

Daqui partiram os juristas italianos para desenvolver a sua teoria dos conflitos de estatutos. A primeira distinção a que se chegou, no decurso da evolução da teoria dos conflitos de estatutos, foi a distinção entre o processo e o fundo das causas. O juiz não aplica senão a sua própria lei em matéria de processo (*ad litem ordinandam*); não é senão quanto ao fundo do litígio (*ad litem decidendam*) que se pode conceber a aplicação de uma lei estrangeira. Esta distinção não foi mais discutida depois da sua consagração por BARTOLO.

BARTOLO (BARTOLUS DE SAXOFERRATO) e BALDO — ambos juristas da Escola de Bolonha mas professores em Perusa — são os mais ilustres representantes da escola a que nos estamos a referir — a escola italiana.

Segundo BARTOLO, há que distinguir os estatutos que dispõem relativamente às pessoas dos que dispõem relativamente às coisas. Os primeiros dirigem-se tão-só aos súbditos, onde quer que se encontrem: são extraterritoriais. Os segundos não se aplicam senão às coisas situadas no território: são territoriais.

As solenidades dos contratos regulam-se pelo estatuto do lugar da celebração: *locus regit actum*.

Quanto à substância e efeitos das obrigações, há que distinguir:

a) Ou se trata dos efeitos imediatos do contrato, dos direitos que nascem no momento da formação do acordo, segundo

a sua natureza — e é aplicável ainda o direito do lugar da celebração;

b) Ou se trata das consequências que se produzem posteriormente, por virtude de negligência ou mora — e é aplicável o direito do lugar da execução, se as partes escolheram um, ou o direito do lugar onde o processo corre, na falta de estipulação.

A forma do processo (*ordinatio litis*) depende da lei do lugar onde o processo é julgado («*lex fori*»).

Quanto aos testamentos, há que pôr o problema relativamente às formalidades e ao conteúdo do acto testamentário. A forma do testamento é determinada pelo estatuto do lugar onde o testamento é feito, na dependência do mesmo estatuto se encontrando a interpretação da vontade do *de cuius*.

Como acabámos de ver, «BARTOLO desenvolveu a distinção entre costumes reais e pessoais, não se aplicando os segundos senão aos súbditos ou cidadãos, de harmonia com o critério do domicílio. No que concerne ao seu efeito extraterritorial, ele introduziu uma distinção entre estatutos permissivos e proibitivos, sendo os primeiros extraterritoriais»¹²⁹. Quanto aos segundos, há ainda que distinguir entre estatutos favoráveis, igualmente extraterritoriais, e odiosos, que não têm esse carácter.

Estas referências bastam para se compreender a importância da contribuição de BARTOLO para a formação da ciência do DIP.

54. *Escola francesa dos séculos XVI a XVIII* — No séc. XVI, a contribuição principal para o desenvolvimento da teoria dos estatutos coube a dois juristas franceses: DUMOULIN e D'ARGENTRÉ¹³⁰.

A contribuição mais original de DUMOULIN foi, sem dúvida, a elaboração do *princípio da autonomia da vontade*, princípio que,

¹²⁹ AUDIT, n.º 73.

¹³⁰ Sobre este ponto cfr. especialmente PIERRE MAYER, *op. cit.*, n.º 61.

embora com grandes modificações, se manteve ao longo de toda a evolução jurídica até aos dias de hoje.

Há um domínio em que as partes podem escolher livremente o regime jurídico da relação, *o das matérias reguladas por normas supletivas*. Pode fazê-lo, desde logo, no interior de uma ordem jurídica dada, mas podem também escolher a própria ordem jurídica, da qual adoptarão o regime que lhes convier. Esta ideia aplica-se aos contratos e aos regimes matrimoniais (que são pactos tácitos).

O princípio foi elaborado a propósito de problemas relacionados com as disposições legais aplicáveis ao regime dos bens imóveis dos cônjuges. Se essas disposições pertencessem ao âmbito do estatuto real, seria aplicável o direito em vigor no lugar da situação dos bens. Se pertencessem ao estatuto pessoal, seria competente o costume do domicílio dos cônjuges, mesmo quanto aos bens sujeitos, pela respectiva situação, a um costume diferente.

A questão foi posta por DUMOULIN a propósito de um caso prático. Por esse tempo, não existia ainda em França a unidade legislativa. Nas províncias do Norte vigoravam diferentes costumes, que estabeleciam todos a comunhão de bens entre os cônjuges. No Sul, estava em vigor o direito romano, e o único regime aí praticado era o dotal. Pois bem: tendo o casal o seu domicílio no âmbito do costume de Paris, qual a natureza de um imóvel situado numa província do Sul e comprado pela mulher na constância do matrimónio? Pertence exclusivamente à mulher, por força das disposições do regime dotal, ou à comunhão? Tudo estava em saber qual o direito aplicável: se o costume de Paris, domicílio dos cônjuges, se a *lex rei sitae*.

DUMOULIN sustentava que as regras do regime da comunhão eram aplicáveis a todos os bens conjugais, qualquer que fosse a sua situação. É que, se os cônjuges regulam por convenção expressa os efeitos patrimoniais do seu casamento, essa convenção deverá reger todos os bens, tanto os situados no país

como os existentes no estrangeiro. Na ausência de convenção, o mesmo efeito deverá ter o regime legal — ou seja, o estabelecido pelo costume do domicílio do marido — porque ele é um simples regime convencional tácito: entende-se que as partes, nada dizendo, lhe quiseram ficar sujeitas; daí o seu vigor.

Assim, em matéria de efeitos patrimoniais do casamento — matéria regida por lei meramente supletiva — o direito aplicável estaria, pois (e por isso mesmo), na dependência da vontade das partes.

Eram as primeiras manifestações do princípio da *autonomia da vontade* em DIP.

55. Ao lado do ramo representado por DUMOULIN, outro se formava na doutrina francesa, inspirado numa ideologia bem diferente.

D'ARGENTRÉ — magistrado bretão — é o seu guia. Lema e directiva capital da nova corrente — o princípio da territorialidade. País de arreigadas tradições de feudalismo, a França estava naturalmente preparada para este surto das doutrinas territorialistas. O feudalismo, com a sua ideia de soberania territorial, conduzia naturalmente ao princípio da territorialidade das leis: a lei só obriga dentro do território onde se exerce a soberania de quem a formula, mas aí obriga a todos, quer nacionais, quer estrangeiros. Na dúvida sobre a natureza de um estatuto ou costume, deve considerar-se real: *omnia statuta in dubio realia*.

Porém D'ARGENTRÉ retoma e desenvolve a classificação dos estatutos em reais e pessoais. Os costumes reais são territoriais, os outros são extraterritoriais. Mas as duas categorias não são postas em pé de igualdade: *en principe toutes les coutumes sont réelles*. Pessoais são apenas os estatutos que dizem respeito directamente à pessoa, isto é, os que regem o seu estado e a sua capacidade geral, e aplicam-se a todos aqueles que têm o

seu domicílio no território onde o estatuto se encontra em vigor e seguem-nos nas suas deslocações¹³¹.

Merecem ainda particular atenção os pontos de vista de D'ARGENTRÉ acerca da lei reguladora da sucessão *mortis-causa*. Havia uma velha controvérsia sobre se a doutrina da sucessão universal, desenvolvida no Direito Romano, implicava que a sucessão fosse regulada por uma única lei. Alguns entendiam harmonizar-se com tal doutrina que, deixando uma pessoa bens imóveis em diversos países, as leis de cada país se aplicassem aos bens situados dentro das respectivas fronteiras.

Fiel às suas ideias feudais, D'ARGENTRÉ resolveu a questão no último sentido, e esse ponto de vista veio a ser adoptado, não só em países que não aceitaram o conceito romanístico de sucessão universal (como a Inglaterra e depois os E.U.A.), mas até mesmo em Estados que expressamente consagraram tal conceito no seu direito interno, como a França, a Bélgica e a Áustria.

No século XVIII, os autores franceses que se dedicam à teoria do conflito de estatutos — FROLAND, BOULLENOIS, BOUHIER — apresentam-se eles próprios como os sucessores de D'ARGENTRÉ.

56. *Escola holandesa* (séc. XVII). — Foi na Holanda que a doutrina territorialista de D'ARGENTRÉ alcançou a maior projecção. Mas os autores holandeses — dentre os quais cumpre destacar ULRICH HUBER e PAULO e JOÃO VOET — modificaram-na profundamente, pela adunção do conceito de *soberania*.

Eis um breve esquema das doutrinas professadas por HUBER (*De conflictu legum diversarum in diversis imperiis*)¹³²:

a) As leis de cada Estado operam dentro das respectivas

¹³¹ Para uma exposição crítica das teorias de D'ARGENTRÉ v. sobretudo P. MAYER, *DIP*, n.ºs 62 e 63.

¹³² Existe tradução portuguesa desta obra, sob o título *Conflito de leis*, realizada no Seminário de DIP da Faculdade de Direito da Pontifícia

fronteiras, e obrigam todos os súbditos desse Estado, mas não para além desses limites;

b) Súbditos de um Estado são todos aqueles que se encontram no seu território (residentes ou não);

c) Por «cortesia» (*comitas*), os soberanos dos Estados conduzem-se de modo a tornar possível que as leis de cada país, depois de terem sido aplicadas dentro das fronteiras desse país, conservem a sua força e eficácia em toda a parte, contanto que daí não advenha prejuízo para os direitos de um outro soberano ou dos seus cidadãos.

A ideia fundamental de HUBER é, pois, a da territorialidade, mas assegura-se à lei um efeito extraterritorial, apelando-se para a *comitas gentium*. E deve ainda notar-se que os autores holandeses aceitam a distinção (que deriva de D'ARGENTRÉ) entre estatutos pessoais, territoriais e mistos.

Em síntese, a concepção da escola holandesa acerca do DIP foi a seguinte:

Os Estados gozam da máxima liberdade na fixação das regras de conflitos de leis: não há normas do direito das gentes que a restrinjam.

O Estado pode ordenar aos seus juizes que apliquem ocasionalmente leis estrangeiras, mas não porque a isso esteja obrigado para com o Estado estrangeiro, senão *ex comitate*, ou seja, por uma espécie de conveniência recíproca, na esperança de que o Estado estrangeiro proceda de igual sorte^{132a}.

Na escola holandesa, o mais importante é justamente esta sua concepção do DIP, concepção que chegou até à actualidade e que teve grande aceitação por parte da doutrina inglesa e americana.

Universidade Católica do Rio de Janeiro, dirigido pelo Professor HAROLDO VALLADÃO.

^{132a} BATTIFFOL-LAGARDE, *DIP I*, 8ª ed., n.ºs 225-226.

57. Resulta do exposto que a chamada «teoria dos estatutos» não foi propriamente uma teoria do DIP, porque lhe faltou a unidade do conteúdo e a dos pressupostos ou fundamentos. No entanto, alguma coisa existe que confere uma certa unidade ao pensamento científico por todo esse período de cinco séculos, que vai da época de BARTOLO ao começo do séc. XIX. Esse traço comum é, antes de mais nada, a posição metodológica: todos os estatutários partem da regra legal considerada em si mesma, procurando dela deduzir se é de aplicação restrita ao território do Estado que a formulou (estatuto real) ou de aplicação extraterritorial (estatuto pessoal). Por outro lado, o que todos esses autores têm em vista é estabelecer princípios universalmente válidos.

Resta apreciar a «teoria dos estatutos» à luz do valor prático dos resultados obtidos. A esse respeito, escreveu MACHADO VILELA as seguintes palavras¹³³:

«Se bem que, pelo envelhecimento dos seus princípios ou pela insuficiência dos seus critérios práticos, a teoria dos estatutos tivesse o natural destino evolutivo de ser substituída por teorias progressivas que fossem mais firmes nos seus fundamentos e mais seguras nas suas aplicações, a sua elaboração doutrinal de cinco séculos sobre o facto real dos conflitos de leis foi de inestimável valor para a formação da ciência do DIP, deixando resultados, que a verdade histórica manda registar.»

§ 3.º

O século XIX e a ciência do DIP

58. Até ao século XIX, o DIP fora de formação jurisprudencial e científica. As regras de resolução dos conflitos de

¹³³ *Tratado*, I, n.º 86, págs. 316-317.

estatutos e de leis, que os juízes aplicavam em cada caso, não eram regras postas por um legislador interno ou internacional, mas princípios de autoridade exclusivamente científica, que, portanto, não podiam aspirar a uma obrigatoriedade coercivamente imposta.

O panorama muda por completo no decurso do século XIX. Inaugura-se aqui a fase a que podemos chamar do DIP *legal ou positivo*.

Como se sabe, é este o período das grandes codificações do direito privado. E todos os códigos civis que então aparecem — desde o Código prussiano de 1794 e o Código francês de 1804 até ao Código alemão de 1896 e ao Código japonês de 1898 — contêm, em abundância maior ou menor, normas de conflitos. Este facto tem importância bastante para podermos dizer que, com o começo do século XIX, se abre uma nova fase na evolução do DIP.

E não são estas as únicas transformações que o DIP sofre no decurso deste século. Também assistimos nele a sensíveis progressos da teoria dos conflitos de leis. Apoiados numa tradição multi-secular, os juristas de oitocentos propõem-se rasgar novos caminhos.

Como se disse, a ideia fundamental da escola estatutária francesa (*rectius*: de um dos seus ramos) era a da territorialidade: em princípio, as leis são territoriais, o que leva ao predomínio da *lex fori* como lei aplicável às relações jurídicas. Esta ideia aparece-nos na escola holandesa levada ao exagero. E os autores holandeses, se admitiam a aplicação pelo juiz local de direito estrangeiro, fundavam, no entanto, essa aplicação, não numa obrigação, mas na *comitas gentium* (*supra*, n.º 56).

Era mais “nuancée” a posição da escola italiana, como se pode ver das doutrinas de BARTOLO.

A orientação fundamental das doutrinas oitocentistas é esta: todo o problema de conflitos de leis deve resolver-se sem olhar à nacionalidade das leis que se encontrem em contacto.

Esta concepção assenta na ideia da existência de uma comunidade de direito entre os diversos Estados.

É esta a característica fundamental das doutrinas que no decurso do século XIX são elaboradas. Merecem especial menção os sistemas de SAVIGNY, MANCINI e PILLET, aqueles, sem dúvida — e isto é válido sobretudo para os dois primeiros —, que maior influência exerceram.

59. *Sistema de SAVIGNY.* — Foi no vol. 8.º do seu *Sistema do Direito Romano Actual*¹³⁴ que o genial pandectista desenvolveu a sua teoria dos limites da aplicação no espaço e no tempo da regra de direito. A primeira novidade que esta obra apresenta consiste logo no método a que SAVIGNY recorreu para resolver o problema dos conflitos de leis. Em lugar de partir da regra de direito e perguntar quais os seus limites de aplicação no espaço, quais as relações a que se aplica — é assim que a questão nos aparece posta por todos os estatutários — SAVIGNY parte da própria relação jurídica. A que direito local deve a relação jurídica considerar-se sujeita?

Mas não é só neste aspecto que a doutrina de SAVIGNY se distingue de todas as demais até então elaboradas. O lado substancial do sistema é ainda o mais importante.

A orientação de SAVIGNY pode condensar-se nestas duas proposições:

a) Cada relação jurídica deve ser regulada pela lei mais conforme à sua natureza;

b) A lei mais adequada à natureza da relação jurídica é a lei da sua *sede*.

O problema dos conflitos de leis consiste, pois, em determinar, para cada relação jurídica, a lei da sua sede. Assim como as pessoas têm um domicílio, assim as relações jurídicas têm

uma sede. A sede é para as relações jurídicas o que o domicílio é para as pessoas. É o domicílio que liga as pessoas a uma ordem jurídica determinada. Para as relações jurídicas, há que levar a cabo uma investigação tendente a estabelecer qual o espaço territorial a que pertencem pela sua natureza, ou em que se localizam. O sistema de direito em vigor nesse território será aquele a que a relação jurídica deverá considerar-se sujeita.

É preciso, portanto, atribuir a cada classe de relações jurídicas uma sede. Os elementos que podem determinar a sede da relação jurídica são: o domicílio dos sujeitos, o lugar da situação da coisa, o lugar da celebração do acto ou facto jurídico, o lugar do cumprimento da obrigação, o lugar do tribunal chamado a conhecer do litígio. Trata-se de optar, em cada caso, por um destes elementos.

Como todos eles (ou quase todos) se acham na dependência da vontade dos interessados, o direito local aplicável às relações jurídicas encontra-se sob a influência da mesma vontade. Há, portanto, uma *submissão voluntária* dos sujeitos da relação jurídica ao direito local. Isto é: nós podemos dizer que o contacto duma relação jurídica com certo domínio de direito — contacto que lhe determina a sede — tem na sua base a submissão voluntária dos sujeitos da relação a esse domínio de direito. Todavia, não significa isto que para SAVIGNY a determinação da lei competente esteja sempre na *dependência directa* da vontade dos interessados. Só no domínio das leis supletivas pode o interessado escolher directamente a lei reguladora da relação, justamente porque aí a lei se não impõe à vontade. O que aquele princípio da submissão voluntária exprime, relativamente ao caso normal, é que o indivíduo é livre de praticar os factos que, uma vez praticados, determinam a competência da lei. Assim, eu tenho a liberdade de me domiciliar em certo Estado; mas se lá me domicílio, a minha capacidade civil passará a ser regulada, imperativamente, pela lei desse Estado.

¹³⁴ *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. VIII, 1849.

Consideremos agora algumas aplicações da doutrina de SAVIGNY, tal como o próprio autor no-las apresenta.

a) *Lei reguladora do estado das pessoas em si mesmas.*

O domicílio é como que a sede legal da pessoa. É pela lei do domicílio que se regula, pois, o seu estado.

b) *Lei reguladora dos direitos reais* (sua determinação, transferência e extinção).

O direito real tem por objecto uma coisa, que é perceptível aos sentidos e localizável no espaço. O lugar da situação da coisa é o lugar da relação jurídica, a sua sede.

c) *Lei reguladora das obrigações.*

A obrigação, sendo uma coisa incorpórea e não ocupando um lugar no espaço, não tem em si mesma uma sede, que possamos considerar decisiva da competência da lei. Mas toda a obrigação resulta de factos concretos, que se passaram em certo lugar, e realiza-se por factos concretos, que hão-de também passar-se em lugar determinado. Há que escolher entre o lugar da *constituição* e o da *execução* das obrigações. Ora o primeiro é um facto accidental e estranho à essência da obrigação. O segundo, pelo contrário, é da essência da relação jurídica, visto a obrigação ter valor pela sua execução. Logo, é conforme à natureza das coisas que o lugar do cumprimento seja considerado como a sede da relação obrigacional.

d) *Direito das sucessões.*

A que direito local pertence, pela sua natureza, o direito da sucessão? Pertence ao direito do lugar do domicílio do autor da herança. Na verdade, pelo fenómeno sucessório opera-se a transmissão do património duma pessoa falecida para outras; e isto representa uma extensão do poder e da vontade do homem para além do termo da sua vida, manifestando-se essa vontade, já expressamente (sucessão testamentária), já tacitamente (sucessão legítima). Logo, esta relação liga-se imediatamente à pessoa do *de cuius*; a lei aplicável deve ser a do último domicílio deste. A sede da sucessão é o domicílio do autor da herança.

e) *Direito da família.*

1) *Casamento.* A lei reguladora do casamento é a lei do domicílio do marido (o chefe da família), visto ser aí a sede do vínculo conjugal.

2) *Poder paternal.* O poder paternal regula-se pela lei do lugar onde o pai tinha o seu domicílio no momento do nascimento do filho. Quanto às relações patrimoniais entre pai e filho, rege a lei do actual domicílio do pai. E isto porque o domicílio do pai, como chefe da família, é a sede natural das relações jurídicas com os filhos. A legitimação por matrimónio subsequente é regulada pela lei do domicílio do pai no momento da celebração do casamento.

3) *Tutela.* Quanto à sua constituição, a tutela está subordinada à lei do domicílio do pupilo. A tutela tem por fim a protecção do pupilo: deve ser a lei pessoal deste a decidir se se torna necessário instituí-la. Quanto à administração tutelar, ela deve considerar-se sujeita à lei do tribunal em cuja circunscrição é exercida. Finalmente, a obrigação para o tutor de aceitar o encargo da tutela, bem como o direito de escusa, determinam-se pela lei do seu domicílio. Na dependência da lei do lugar onde a gestão tutelar é exercida encontram-se as obrigações do tutor resultantes da gestão.

f) *Forma dos actos jurídicos.*

A forma dos actos devia ser regulada pela mesma lei que regula a relação jurídica em geral. Assim, por exemplo, se o acto diz respeito a uma relação jurídica cuja sede é o domicílio da pessoa, a lei reguladora da forma desse acto deveria ser a deste domicílio. Mas sucede que, no lugar onde se pratica o acto jurídico, são muitas vezes de difícil conhecimento e outras de impossível observância as formalidades prescritas na lei reguladora da relação jurídica. Por isso, admite SAVIGNY a suficiência da lei do lugar da celebração.

Limites da comunidade de direito.

As diferenças entre as legislações dos Estados, no tocante à regulamentação de certas relações jurídicas, podem traduzir diferenças essenciais nas suas condições de existência, que interessem à sua conservação e desenvolvimento. Daqui o tornar-se por vezes perigosa a aplicação num Estado de leis doutro Estado. E se a aplicação do direito estrangeiro se fundamenta na existência de uma comunidade de direito entre os povos, a não verificação do pressuposto deve trazer consigo o não funcionamento daquele princípio.

Se o juiz deve em princípio aplicar à relação jurídica o direito da sua sede, quer esse direito seja ou não o do seu próprio país, há diversas leis cuja especial natureza o força à aplicação do direito local, ainda nos casos em que se mostrasse competente um direito estrangeiro.

Há, assim, um certo número de excepções ao princípio da aplicação das leis estrangeiras, excepções que SAVIGNY reduz a duas classes:

- a) Leis positivas rigorosamente obrigatórias, que por isso mesmo não podem ceder na concorrência com leis estrangeiras;
- b) Instituições de um Estado estrangeiro cuja existência não é reconhecida no Estado local e que, portanto, não podem obter aí a protecção dos tribunais. São estas regras que constituem o limite à aplicação do direito estrangeiro.

À primeira categoria pertencem, não todas as leis imperativas, mas todas as que não existem apenas no interesse dos indivíduos e são antes inspiradas, ou numa razão de ordem moral, como a lei que proíbe a poligamia, ou num motivo de interesse geral, bem como as que revestem um carácter político ou de polícia. Como exemplos de instituições de um Estado estrangeiro que não podem ser reconhecidas pelos tribunais do Estado local, indica SAVIGNY a escravatura e a morte civil¹³⁵.

¹³⁵ Sobre a poderosa influência exercida por SAVIGNY no progresso do DIP *vide*, entre outros, GUTZWILLER, *Der Einfluss Savignys auf die Entwicklung des IPR* (Freiburg, 1923), e KEGEL, «Fest. Raape», págs. 13-16.

60. *Sistema de MANCINI*. — Seguindo na esteira de SAVIGNY, o juriconsulto italiano PASQUALE MANCINI nega aos Estados o poder absoluto de recusar inteiramente no seu território a aplicação de leis estrangeiras. É o abandono decisivo do princípio da territorialidade. E a aplicação das leis estrangeiras, quando por elas devam regular-se as relações jurídicas, não representa um simples acto de cortesia, mas o cumprimento de um dever do Estado.

Vejam agora quais os princípios ou critérios de harmonia com os quais cada Estado deve ser obrigado a reconhecer e a aplicar leis estrangeiras.

As relações jurídicas do direito privado, segundo MANCINI, são reguladas pela *lei nacional* dos seus sujeitos, ou pela *lei por eles escolhida*, dentro dos limites que forem consentidos pela *ordem pública* do Estado local.

O princípio fundamental do sistema é o da *nacionalidade*. É nas relações de direito privado que sobretudo se revela o espírito e o carácter de cada povo. O clima, a temperatura, a situação geográfica, a natureza do solo, a diversidade das necessidades e dos costumes, são condições que determinam em cada povo o sistema das relações jurídicas. O estado e a capacidade das pessoas, as relações de família, etc., têm nas diferentes legislações uma regulamentação distinta, justamente em virtude da maneira de ser particular do povo de cada nação. Seria, por isso, injusto que ao estrangeiro não fosse respeitado o seu estado pessoal e a sua capacidade jurídica, tal como lhos definam as leis do seu país. Assim como cada indivíduo pode reclamar do seu próprio Estado e dos seus concidadãos, em nome do princípio da *liberdade*, o respeito do seu património de direito privado, assim também ele pode reclamar das outras nações e dos outros Estados, em nome do princípio da *nacionalidade estrangeira*, idêntico respeito por esse património. E o dever de cada Estado de respeitar a esfera de liberdade dos cidadãos estrangeiros não resulta da *comitas*: é um dever de justiça.

Mas há que distinguir, no direito privado, uma parte *necessária* e uma parte *voluntária*. Constituem a primeira as leis que regem o *estado das pessoas, as relações de família e a ordem da sucessão*. O direito privado necessário é aquele que não pode ser alterado pela vontade dos indivíduos. Ninguém pode renunciar ao estado de família que lhe for atribuído pelas leis do seu país. Atribuir a um indivíduo determinada nacionalidade, é o mesmo que reconhecer-lhe um certo estatuto pessoal. Pode um indivíduo mudar de nacionalidade, aceitando a de outro país; mas o que não pode então é conservar a condição jurídica que pela primeira lhe era assinalada.

Ora, assim como o estrangeiro não pode renunciar ao seu estado e capacidade, tal como lhos definem as leis do seu país, assim também os governos de países estrangeiros, que o recebem, o devem receber com esse mesmo estado e capacidade. Todo o indivíduo deve ter o direito de se fixar onde os seus interesses e aspirações o exijam. Mas ao exercício desta faculdade seria levantado grave obstáculo se todo o estrangeiro, que pretendesse estabelecer-se no Estado local, tivesse de renunciar para isso à sua condição civil, tal como é estabelecida pelas leis da sua nação. Para muitos, o sacrifício dos direitos pessoais e de família, que derivam da sua qualidade de cidadão de certo país estrangeiro, representaria preço excessivamente caro.

O *direito privado voluntário* é o que diz respeito aos bens e ao seu gozo, à formação dos contratos, às obrigações. Neste domínio, o indivíduo não é obrigado a conformar-se com a sua lei nacional. Visto que as regras ditadas por esta lei são, em parte, meramente supletivas, destinadas a suprir as lacunas da vontade dos interessados, pode este submeter-se a regras diferentes.

O estrangeiro deve ter, pois, a faculdade de se submeter ou não a esta parte do seu direito privado nacional. É que a liberdade individual deve ser respeitada enquanto é inofensiva e o Estado não tem interesse em impedir o seu exercício.

Em matéria de relações jurídicas sujeitas ao direito privado voluntário, MANCINI continua a considerar competente, em princípio, a lei nacional; mas os interessados devem poder submeter-se ao direito em vigor num país estrangeiro. É o princípio da *autonomia da vontade*.

É esta a doutrina que MANCINI formula a respeito das relações de ordem privada. Mas há que ter em conta o limite do direito público. O direito público põe o indivíduo em contacto com a comunidade nacional em cujo seio quer viver. Esta comunidade estabelece as condições em que todos os que habitam no seu território devem obediência à soberania política. Tais condições devem ser respeitadas por todos os habitantes do território, seja qual for a sua nacionalidade.

Em resumo:

Cada indivíduo pode reclamar, fora do seu país, em nome do *princípio da nacionalidade*, o reconhecimento e o respeito do seu direito privado nacional. Mas cada Estado, em nome do princípio da *independência política*, pode proibir, dentro do seu território, toda a infracção ao seu direito público, à sua ordem pública. Nesta medida, o Estado pode recusar-se a reconhecer e aplicar leis estrangeiras. Do mesmo modo, aos actos realizados em país estrangeiro pode o Estado negar todo o efeito, ainda que no país onde foram realizados sejam considerados legítimos, desde que lesem princípios essenciais da sua ordem pública.

O direito privado é *pessoal e nacional*: deve acompanhar a pessoa mesmo fora da sua pátria. O direito público é *territorial*. O direito privado é *necessário e voluntário*, sendo este último dominado pelo *princípio da autonomia da vontade*.

Poderia caracterizar-se assim o sistema de resolução de conflitos devido a MANCINI e seus seguidores: os conflitos das leis de direito privado resolvem-se pela aplicação da lei nacional das pessoas, salvas a excepção derivada da autonomia da vontade e as limitações impostas pela ordem pública internacional. Há leis pessoais, de aplicação extraterritorial, leis de ordem pública,

de aplicação territorial, e leis cuja competência depende da vontade dos interessados, da escolha, expressa ou tácita, das partes. Estão sujeitos à lei nacional o estado e a capacidade das pessoas, as relações de família e sucessões; os bens e as obrigações são regulados pela lei expressa ou tacitamente escolhida.

Confrontando esta doutrina com a de SAVIGNY, facilmente se verifica que o seu traço mais característico reside na importância atribuída ao princípio da nacionalidade. Já no sistema de SAVIGNY as leis pessoais, de aplicação extraterritorial, ocupavam um lugar preponderante; e os próprios estatutários, ainda os mais firmemente territorialistas, admitiam a existência de estatutos pessoais. Mas é na doutrina da escola italiana que pela primeira vez a lei pessoal nos aparece identificada com a lei nacional. Ao velho princípio do domicílio, que uma tradição muitas vezes secular impusera triunfantemente até então, substituiu MANCINI o princípio da nacionalidade. Foi esta a grande inovação da escola italiana¹³⁶.

61. *Sistema de PILLET*. — Algumas palavras agora sobre a doutrina de PILLET¹³⁷.

Para PILLET, uma solução justa dos conflitos de leis deve derivar da natureza da lei, como expressão da vontade soberana

¹³⁶ Verdadeiramente, o que acabamos de apresentar é a doutrina da escola italiana, para a qual contribuiu decisivamente, mas não exclusivamente, MANCINI, com as ideias que expôs na célebre lição da Universidade de Turim intitulada «Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti» (in *Diritto internazionale, prelezioni*, Nápoles, 1873). Sobre MANCINI e a sua influência veja-se NADELMANN, *Mancini, la lex patriae e gli ordinamenti plurilegislativi*, in «Diritto Internazionale», XXIII, n.º 2 (1969). As ideias de PASQUALE MANCINI foram recolhidas, precisadas e desenvolvidas principalmente por ESPERSON e FIORE, na Itália, ANDRÉ WEISS, em França, e LAURENT, na Bélgica.

¹³⁷ *Principes de DIP*, 1903, *Traité pratique de DIP*, I, 1923, págs. 101-119. Cfr. também M. VILELA, I, págs. 353 e segs. e KEGEL, 7ª ed., p. 149 e segs.

do legislador. Tanto quanto possível, deve procurar manter-se na lei, considerada nas relações internacionais, as qualidades que ela tem nas relações internas. Deste modo, conseguir-se-á sacrificar de cada lei nacional, na resolução dos conflitos de leis, apenas o que for estritamente indispensável para a justa conciliação das soberanias.

Encaradas da perspectiva do direito interno, todas as leis são *de aplicação geral* e ao mesmo tempo *de aplicação permanente*. Se, porém, as considerarmos na sua aplicação às relações internacionais, teremos de admitir que uma destas qualidades tem de ser sacrificada. A lei ou há-de ser geral, aplicando-se a todos os habitantes do território (nacionais ou estrangeiros), ou permanente e extraterritorial, acompanhando no estrangeiro os súbditos do Estado legislador e, reciprocamente, deixando de aplicar-se no território deste Estado aos estrangeiros. Ou *generalidade*, ou *permanência*. Sacrificando a generalidade, a lei será extraterritorial; sacrificando a permanência, será territorial. O problema dos conflitos consiste, pois, em determinar que leis devem considerar-se gerais e territoriais e que leis devem considerar-se permanentes e extraterritoriais.

Nessa investigação há-de atender-se, segundo PILLET, à *função social* ou *fim* da lei, isto é, à necessidade social a que ela pretende dar satisfação. Tudo se resume, pois, a saber qual é, na hipótese, aquela das duas qualidades indicadas que melhor se ajusta ao fim da lei.

Desta maneira, em cada caso virá a dar-se preferência à lei que melhor corresponder ao fim da instituição jurídica de que se trata: escolher-se-á a lei pessoal das partes se o fim social da lei requerer sobretudo que esta seja permanente, escolher-se-á a lei do território onde o acto tiver sido celebrado (ou a da situação da coisa, ou a da sede do tribunal) se o fim da lei exigir a generalidade da sua aplicação.

Quanto ao seu destino ou ao seu fim, as leis internas dividem-se em leis de *protecção individual* e leis de *garantia social*

ou de *ordem pública*. Com efeito, a lei ou se dirige fundamentalmente a proteger os indivíduos, ou se dirige fundamentalmente a garantir e defender a ordem social. Quanto às leis de protecção individual, elas só atingirão o seu fim se acompanharem sempre os indivíduos a quem se destinam — se forem de aplicação permanente e extraterritorial. Quanto às leis de garantia social, o seu fim só poderá ser atingido, e a ordem pública assegurada, se elas forem de *aplicação geral* a todos os habitantes do território (*leis territoriais*).

Resta agora saber quais são as leis de protecção individual e quais as de garantia social. São de protecção individual, para PILLET, as leis respeitantes ao estado e capacidade das pessoas, às relações de família, sucessões e doações. São de garantia social as leis políticas, morais, de segurança, as relativas à propriedade, ao crédito público, à execução forçada e à falência, as leis fiscais e as leis de ordem. A lei de protecção individual competente será a lei nacional, visto ser o Estado a que o indivíduo pertence «o mais interessado» e aquele que tem o direito e o dever de o proteger nas relações internacionais. A lei de garantia social competente será também a do Estado que tiver na matéria o interesse mais forte, isto é, a que melhor realizar o fim visado pelo instituto ou preceito jurídico em causa.

Ao lado das leis de protecção individual e garantia social, considera PILLET as leis *supletivas ou interpretativas* e as *leis de forma*. A respeito das primeiras, em virtude do seu carácter de leis de conselho, adopta o princípio da *autonomia da vontade*. Para as segundas, que julga ocuparem uma posição intermediária entre as leis supletivas e as obrigatórias, segue o princípio *locus regit actum* com carácter facultativo.

As principais inovações do sistema de PILLET são, portanto, as seguintes:

1ª — O fundamento dado à doutrina de que a lei pessoal é a lei nacional (essa doutrina é fundamentada na consideração de que o Estado mormente interessado na protecção dos indi-

víduos é aquele a que pertence o direito e incumbe o dever de os defender por via diplomática nas relações internacionais: o Estado da nacionalidade);

2ª — O carácter atribuído às leis de ordem pública. Enquanto SAVIGNY e MANCINI consideravam estas leis como um *limite* ou uma *excepção* à comunidade de direito e ao princípio do reconhecimento e aplicação de normas jurídicas estrangeiras, PILLET considera-as como um elemento integrante dessa comunidade de direito e como leis de competência absolutamente normal. O acto praticado num certo país de harmonia com uma lei de ordem pública deve ser válido em toda a parte, assim como deve ser nulo em toda a parte o acto praticado num país contra as leis de ordem pública aí em vigor. Logo, os Estados devem aplicar as leis de ordem pública dos Estados estrangeiros. Não há que distinguir entre leis de competência normal e leis de ordem pública¹³⁸.

3ª — A ideia do fim social das leis, enquanto critério determinante do seu campo de aplicação às relações internacionais.

62. *Outras doutrinas universalistas*. — Todas as doutrinas de que falámos são de clara inspiração e sentido universalista. SAVIGNY, por exemplo, ao expor as suas ideias acerca dos limites espaciais do domínio das regras de direito sobre as relações jurídicas, não o fazia decerto com o intento de construir um sistema de conflitos para uso exclusivo dos tribunais alemães, senão com o de assinalar as coordenadas básicas e os princípios científicos enformadores de todo o DIP.

Mas nos começos do século XX o universalismo está em vias de extinção. O desencanto das fórmulas gerais — a sede

¹³⁸ O discípulo mais ilustre de PILLET foi J. P. NIBOYET, que mais tarde, em virtude da extensão que atribuiu ao domínio de aplicação da *lex fori*, se afastaria sensivelmente do Mestre.

das relações jurídicas, o fim social das leis —, tão ricas em poder sugestivo mas de conteúdo tão fluido e vago, a pulverização do antigo DIP europeu, de base e tendência fortemente unitária, em tantos sistemas positivos quantos os Estados, vão desviar o pensamento científico para novos rumos.

No entanto, o universalismo estilo século XIX não se rende sem luta. Já na introdução fizemos referência a outra doutrina — a de ZITELMANN — digna de ombrear com as descritas nas páginas anteriores, tanto pela categoria científica do autor como pela novidade das ideias. De realçar sobretudo a particularidade, que é traço original seu, de nos oferecer um sistema de DIP supra-estadual fundamentado no direito internacional público. Mas a teoria de ZITELMANN, cujo engenho pede meças ao artificialismo e ao abstraccionismo, não logra um mínimo de aceitação: a sua influência na evolução ulterior do DIP é praticamente nula.

Cabe agora fazer referência a uma derradeira tentativa de ressurreição do universalismo oitocentista, verificada já em pleno século XX: a teoria de FRANKENSTEIN¹³⁹. Esta teoria será exposta no capítulo relativo ao conflito de sistemas de DIP.

§ 4.º

Evolução posterior do DIP

63. Já vimos como no século XIX, com o advento e a intensificação do movimento codificador, o DIP muda radicalmente de aspecto: perde a natureza de conjunto de princípios de formação e autoridade exclusivamente doutrinal, para assumir uma feição legal-positiva.

¹³⁹ FRANKENSTEIN, *Internationales Privatrecht*, I, 1926, págs. 1-131.

Durante o século XIX, o problema do DIP é encarado como um problema de delimitação de competências legislativas, de coordenação de soberanias — e, logo, como um problema cuja resolução pertence ao direito internacional. Não se trata de um objecto próprio da ordem interna de cada Estado, mas, verdadeiramente, de um problema *supra-estadual*. Contudo, enquanto não chega a era de uma codificação geral do DIP, através de convenções entre os Estados, cada legislador nacional pode suprir por sua iniciativa própria, dentro da esfera em que é soberano, essa falta de regras de conflitos universalmente válidas.

A emanação de normas de conflitos pelos vários Estados constitui, portanto, uma solução imperfeita e meramente provisória, se bem que legítima, do problema. O verdadeiro DIP é superior aos Estados e necessariamente uniforme.

Tal a maneira como se procurava justificar o procedimento adoptado por muitos legisladores nacionais, ao inserir nos seus códigos normas de conflitos.

64. Essa atitude em breve se tornou geral. Cada Estado entrou de legislar à sua guisa sobre os conflitos de leis, e rapidamente aconteceu que cada qual passou a ter um DIP para uso próprio, de cunho nacional e de feição não menos exclusivista do que o fora, no passado, o direito material.

Era fatal que entre esses vários sistemas nacionais de normas de conflitos se verificassem divergências numerosas e profundas.

Assim é que, enquanto em muitas legislações o chamado “estatuto pessoal” é regulado pela *lex patriae*, noutras é regido pela *lex domicilii* e nalgumas pela lei da residência habitual¹⁴⁰. São também de grande relevo as divergências existentes quanto à esfera de competência da *lex rei sitae*. Basta dizer que há países em que se defere a essa lei a regulamentação das suces-

¹⁴⁰ Para informação mais ampla, cfr. *infra*.

sões por morte (quanto à parte da herança constituída por bens imóveis), ao passo que em muitos outros esta matéria é incluída no âmbito do estatuto pessoal.

Quanto à forma externa dos actos e negócios jurídicos, se em toda a parte se admite a competência nesta matéria da *lex loci*, prevalece hoje em dia a doutrina conforme a qual a regra *locus regit actum* significa apenas ser bastante a observância das formalidades prescritas na lei do lugar, tendo portanto a citada regra perdido o seu carácter imperativo¹⁴¹⁻¹⁴².

Relativamente às condições de validade intrínseca dos negócios jurídicos e aos respectivos efeitos, reina entre as jurisprudências dos vários países certa desarmonia, mas só pelo que respeita ao critério de designação do direito aplicável nos casos de falta de escolha pelos sujeitos da relação. Quanto, porém, ao princípio da autonomia da vontade (escolha pelas partes do direito aplicável), ele é hoje de aceitação praticamente universal.

65. *Consequências do movimento codificador no domínio do DIP. Reacção contra o universalismo.* — Tal a herança que nos legou o movimento codificador do século XIX.

Facilmente se adivinham os graves inconvenientes desta situação. Há uma contradição clara e patente entre a vocação ou o sentido do DIP e o estado de coisas descrito. O DIP constituiu-se e existe a fim de dar a cada relação do comércio jurídico internacional a lei competente — mas por forma tal que essa lei seja *a mesma em toda a parte*¹⁴³. «A justiça de uma causa não deve depender da latitude do lugar»; e sendo certo que não poucas vezes a relação jurídica poderá ser submetida à apreciação de uma ou outra dentre várias jurisdições nacionais, à escolha do autor, urge evitar que este, escolhendo o tribunal

¹⁴¹ Esta doutrina deve-se a SAVIGNY.

¹⁴² Assim, o art. 36.º, 1, do Cód. civ. português.

¹⁴³ *Supra*, n.º 15.

da acção (*forum shopping*), possa também escolher por tal caminho, dentre as possíveis, a lei que for mais do seu agrado — a lei que lhe dispensar o tratamento mais favorável.

E não só isto. Na situação actual do DIP, não têm as partes a possibilidade de determinar, em tantos e tantos casos, no momento da constituição da relação jurídica, a lei a que devem obediência, a lei a que ficarão sujeitas. Essa lei — a lei competente — será uma ou outra, consoante o país cujos tribunais vierem porventura a conhecer dalgum litígio entre os interessados. Para as autoridades e tribunais do Estado X, será B a legislação aplicável; no Estado Y, porém, essa legislação será C. E nenhum jurisconsulto, por maior saber que possua, poderá ministrar às partes mais amplas e úteis informações.

Está, pois, o DIP, no seu estado actual, longe ainda de dar satisfação às necessidades da vida social que determinaram o seu aparecimento. O DIP é, por natural destino, um direito *comum* a todos os Povos e Nações; não existe apenas para designar a lei competente, mas para o fazer por modo universalmente válido. A “harmonia jurídica” — isto é, a garantia de que a mesma situação da vida será objecto de valoração uniforme em todos os países interessados — é postulada aqui (como acima sublinhámos) pela própria natureza das coisas. A harmonia jurídica internacional é o ideal supremo do DIP.

Pois esse ideal foi quase por completo perdido de vista durante largas décadas do século XX. E cabem nisto à doutrina pesadas responsabilidades.

Iluminada por falsas luzes, desiludida com a extrema vaguidade e abstraccionismo dos critérios em voga no século anterior, desencorajada por um prematuro cepticismo ante as perspectivas de unificação das regras de conflitos, a doutrina deixara-se resvalar para um “nacionalismo” e um “positivismo” exasperado e desolador, assumindo como função exclusiva a interpretação de cada sistema particular (nacional) de DIP.

Já o DIP pudera ser definido (e por um autor da maior proeminência no 1.º quartel do século XX: BARTIN) como expressão genuinamente nacional. Ele seria apenas a projecção do direito privado interno no plano internacional¹⁴⁴. As normas de conflitos correspondem rigorosamente, em cada Estado, à natureza e cor das instituições jurídicas aí reconhecidas e vigentes; e, assim, brotando de fontes exclusivamente nacionais, nacionais serão também pelo conteúdo. É o dogma da subordinação do DIP ao direito material. Seja este exemplo: Tem o pátrio poder a natureza de um direito dos pais na legislação doméstica de certo Estado? Pois, logicamente, à lei pessoal do pai caberá a decisão, em caso de conflito. Tem, ao invés, a marca de um *munus*, de um cargo? Pois daí resultará a competência necessária da lei do filho.

Ora, se o conteúdo das normas de conflitos depende assim tão estreitamente da modelação das instituições a que elas se referem pelo respectivo direito material — a falta de uniformidade do DIP será, desde logo, a expressão necessária da falta de uniformidade do próprio direito privado interno. “Para a suprimir, seria preciso começar por anular a divergência das leis internas, isto é, precisamente os conflitos de leis”¹⁴⁵. Mas então... já não haveria DIP, já não haveria problema.

Nesta lógica, havia, pois, que resolver o chamado problema da qualificação¹⁴⁶ em favor da *lex fori*, e que repudiar formalmente — acentuado o carácter soberano da fonte de todas as normas de conflitos, a vontade do Estado — qualquer sorte

¹⁴⁴ “... Les règles de conflit sont des règles nationales, dans chaque pays, au même titre que les institutions de droit interne... Elles leur restent liées comme l'ombre au corps, parce qu'elles ne sont autre chose que la projection de ces institutions elles-mêmes sur le plan du droit international” (BARTIN, *Études de droit international privé*, 1899, prefácio, pág. II).

¹⁴⁵ BATIFFOL, *Les tendances doctrinales actuelles en DIP*, “Rec. des Cours”, 1948, I (72), pág. 12. Cfr. BARTIN, *op. cit.*, pág. 78.

¹⁴⁶ Este problema será exposto em momento mais oportuno.

de reconhecimento do DIP vigente noutros países¹⁴⁷. É o dogma do carácter absoluto e exclusivo do DIP da *lex fori*. De resto, a escola nacionalista iria robustecer-se ainda graças ao “apport” daqueles escritores (NIBOYET sobretudo) que viriam acentuar o carácter *político* das razões que, em cada Estado, estão na base do sistema das regras de conflitos, o comandam e afeiçoam.

E assim se instaurou, por tendência natural da legislação e influxo de uma corrente doutrinal poderosa e mal iluminada, um estado de coisas absolutamente contrário à essência e fins do DIP. E alguém lhe chegou a predizer a próxima bancarrota.

66. *Reacção contra o nacionalismo ou particularismo positivista; orientação dominante na actualidade.* — Mas contra tal estado de coisas de há muito principiou a desenhar-se e a tomar vulto a reacção. Foi pelos anos 30 que começaram a dividir-se os primeiros sinais claros de viragem, e a verdade é que a situação actual é já diferente da descrita.

A ideia de que uma sã solução dos conflitos de leis deve inspirar-se fundamentalmente no interesse dos indivíduos, a quem afinal se destina todo o Direito; a progressiva utilização neste domínio do método da “jurisprudência dos interesses”¹⁴⁸; o reconhecimento da necessidade urgente de emancipar o DIP do direito interno, em ordem a tornar possível o ideal da unifi-

¹⁴⁷ É bem elucidativa desta tendência certa argumentação contra a teoria do reenvio que durante largo tempo recolheu os sufrágios de numerosos autores e a que PILLET justamente se reportava ao dizer (*Journal Clunet*, 1894, pág. 721): “C'est décider implicitement que, sur la question de détermination du statut personnel, la France est liée à la manière de voir d'un pays étranger”.

Sobre a questão do reenvio, cfr. *infra*.

¹⁴⁸ KEGEL, *Begriffs und Interessenjurisprudenz*, no Fest. für Lewald (1953), pp. 259-288; v. também do mesmo A. o *IPR* (7ª. ed.), p. 107; FERRER CORREIA, in *O problema das qualificações em DIP* (trabalho publicado em 1949), agora em *Estudos jurídicos, III, DIP*, pp. 33-38.

cação; o aproveitamento nesse sentido da investigação comparatista, graças sobretudo à influência da famosa e tão meritória escola de RABEL¹⁴⁹; a tendência para uma interpretação das regras de conflitos estaduais adequada à sua missão eminentemente internacional, isto é, de compreensão e coordenação de todas as legislações do mundo civilizado — e, por outro lado, para o reconhecimento em determinados casos do DIP estrangeiro, de modo a viabilizar, desde já, uma certa harmonia entre sistemas nacionais todavia ainda divergentes; certa propensão, por último, para dar ao princípio do respeito internacional dos direitos adquiridos um alcance útil e prático: — eis aí, sumariamente relanceadas, algumas das ideias e directivas de maior interesse da mais recente doutrina. Nenhuma dúvida de que um abismo as separa das velhas teses da escola “nacionalista”, ontem ainda geralmente acatadas como a própria quinta essência da teoria dos conflitos de leis. Não será optimismo pensar que está para breve o termo, não certamente do DIP, mas deste seu verdadeiro colapso de mais de meio século. Às ideias expostas cumpre acrescentar uma certa abertura do DIP aos critérios e valores da justiça material.

§ 5.º

Doutrina portuguesa (Breves notas)

67. Foi MACHADO VILELA o verdadeiro fundador do DIP português¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Vide ZWEIGERT, *Die dritte Schule im IPR*, Fest. für Leo Raape, 1948.

¹⁵⁰ Sobre a figura e a obra científica de M. VILELA veja-se o nosso discurso da sessão de homenagem à memória do Mestre, realizada na Associação Jurídica de Braga, aos 27 de Março de 1960, discurso publicado na

Anteriormente à Reforma dos Estudos Jurídicos de 1911, que criou a cadeira de DIP¹⁵¹, pode dizer-se que a teoria dos conflitos de leis constituía um domínio mal explorado e deficientemente conhecido entre nós. Até LUCAS FALCÃO, bem dentro já da segunda metade do século XIX, nada mais tinham feito os nossos juristas — os desse século e os do anterior, os velhos praxistas (VALASCO, CABEDO, GUERREIRO, FRAGOSO) — além de discutir por incidente algumas questões pertinentes a esse foro e tocar ao de leve os seus princípios em obras gerais de direito civil¹⁵².

Em 1868, LUCAS FALCÃO publica o seu volume *Direito Internacional Privado* — estudo que representa a primeira tentativa registada neste país de uma exposição global das diferentes matérias reunidas sob aquele título. Mas, simples dissertação académica para o acto de conclusões magnas, não pudera o seu autor fundá-lo na investigação dilatada que se requeria. Da mesma índole (dissertação inaugural) o trabalho de GUIMARÃES PEDROSA, de 1878, estudo este, aliás, bastante mais modesto de tomo e de substância, pois não transcende os limites de uma introdução ao DIP.

Depois, até começos do século seguinte, mais alguns estudos se nos deparam, testemunhando um surto de interesse dos autores nacionais pelos temas desta disciplina; mas são já trabalhos monográficos, esses: o de TEIXEIRA DE ABREU, *Relações civis internacionais*, votado à exegese dos arts. 24.º e 27.º do Cód. de Seabra; o de MARNOCO E SOUSA, acerca da execução extraterritorial das sentenças; o de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, sobre o regime internacional das sucessões. O exemplo de LUCAS FALCÃO não frutificara: não fizera escola.

“Scientia Iuridica”, X, n.º 53-55, Maio-Outubro de 1961, e em separata.

¹⁵¹ Cadeira da qual M. VILELA foi o primeiro professor na Faculdade de Direito de Coimbra.

¹⁵² Vide GUIMARÃES PEDROSA, *Introdução ao Estudo do Direito Internacional Privado*, 1878, pág. 174.