

Direito Internacional Privado Luso-Brasileiro (*)

A. Ferrer Correia

Catedrático de Direito Internacional
Privado da Universidade de Coimbra.

O tema da minha exposição intitula-se: “Direito internacional privado português e brasileiro”. Mas o que me proponho fazer é tão somente formular, em breve síntese, alguns princípios e directivas capitais do d. i. p. lusitano, em ligeiro confronto com o deste país.

Pensei, meus senhores, que essa pintura, ainda que muito rápida, apenas esboçada, forçosamente incompleta, poderia interessar-vos.

De um lado, por ter eu seguramente alguma coisa para vos dizer — alguma coisa de não inteiramente despidendo, creio. O que vos trago — diria eu, se me não temesse da excessiva responsabilidade — o que vos trago e dalgum modo mensabem do pensamento jusinternacionalista português. Depois, porque o resíduo disso que vos diga, somado a futuras contribuições de mais autorizados juristas dos nossos países, poderá ser talvez o alicerce sobre que se levantará algum dia uma lei de conflitos comum aos dois povos de língua portuguesa.

Neste sector da Jurisprudência, não sei de ideal mais empolgante do que o da *unificação legislativa*. Pois aqui

(x) Conferencia proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em abril de 1952, quando da visita da Missão Cultural Portuguesa a São Paulo.

a própria essência e fins do Direito postulam a identidade das decisões e dos julgados, a harmonia jurídica: não pode a Justiça depender da latitude do lugar — para isso exactamente se constituiu o direito internacional privado, para assinar a cada relação da vida social a sua lei regulada, a mesma em toda a parte.

Mas todo a obra neste sentido estará antecipadamente votada a um malogro fatal se não for enraizada no conhecimento sólido das legislações que se pretenda conciliar. O exame comparado dessas leis, fazendo ressaltar as diferenças e os pontos de contacto, evidenciando a razão daquelas, separando as que são devidas a pura divergência doutrinal e académica das que, pelo contrário, já tocam no interesse vital dos Estados ou no cerne das concepções religiosas e morais da sociedade — essa reflectida análise comparatista, e ela só, permitirá discernir e traçar os caminhos da compreensão e do mútuo acordo. Aos homens das chancelarias pertencerá fazer o resto.

A obra de aproximação, a que me refiro, sempre conveniente, assume nalguns casos proporções de autêntica necessidade. Assim acontece nas relações entre os nossos dois países, pela extensão e a intensidade do intercâmbio recíproco que felizmente mantêm. É verdadeira calamidade e pura injustiça natural que situações jurídicas criadas neste país por nacionais portugueses não sejam reconhecidas como válidas em Portugal, ou que em Portugal, tingidas de uma cor diferente, surtam diferentes efeitos; e às avessas. Que por ex. uma sentença brasileira de desquite de dois emigrantes portugueses, marido e mulher, não seja homologada em Portugal — só porque o tribunal brasileiro se não conformou com as exigências da lei nacional das partes.

Pois se há que fazer voto de mudar as coisas para melhor, aproximando quanto possível as normas de conflitos dos dois países, no interesse dos seus nacionais —

a primeira tarefa a realizar, como dizia, é estudá-las em confronto.

Eu sei que o d.i.p. lusitano hoje em vigor é suficientemente conhecido dos juristas deste país, sobretudo através da obra do grande Mestre MACHADO VILELA. Mas não dodeis conhecer ainda o nosso d.i.p. de amanhã, o nosso direito internacional privado em gestação — aquele sistema de regras de conflitos que se pensa incluir no futuro Código civil, segundo um projecto que eu mesmo elaborei, na qualidade de membro da Comissão revisora e codificadora.

A exposição dalguns princípios e rasgos mais salientes desse projectado sistema — do projecto português — em rápido esboço, é que vai constituir o tema desta conferência.

1. Começaremos por uma questão de técnica legislativa: *a extensão da regra de conflitos*.

Oferecem-se aos legisladores dois sistemas: o das normas bilaterais ou completas e o dos preceitos unilaterais.

Sabem-se as diferenças: num sistema, a regra de conflitos designa a lei aplicável, que tanto pode ser a própria lei nacional como uma lei estrangeira. O fim em vista é habilitar os tribunais a resolver todo e qualquer caso sujeito à sua apreciação, ou seja pelo direito local, ou seja pelo de qualquer outro país. “A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família” (Cód. bras., Lei introd., art.º 7.º). Eis um exemplar acabado de regra bilateral: seja qual for a estrutura do concreto, ou a pessoa tenha o seu domicílio no Brasil ou em outra Nação, o juiz brasileiro terá sempre um critério para o resolver — aplicará a lei do domicílio.

Opõe-se a este o sistema da unilateralidade. Agora a regra de conflitos pretende apenas determinar o campo de aplicação do próprio direito local. Dirá, por exemplo: “as leis relativas ao estado e à capacidade das pessoas regem os cidadãos franceses, mesmo que residam no estrangeiro” (Code Napoléon, art.º 3.º).

Evidentemente, a questão não é a de pura técnica: contém com pontos fundamentais da teoria do d.i.p., e antes de mais nada com o problema da medida de liberdade consentida ao legislador interno, em matéria de conflitos de leis, pela ordem internacional. Mas a esse respeito não são legítimas dúvidas. O simples facto da prática geral dos Estados é bem concludente: não há no d.i. geral norma que tolha o legislador interno de estruturar as suas regras de conflitos da maneira que tenha por mais conveniente; não há norma que lhe ordene limitar-se a bali-sar a esfera de competência da sua própria legislação material.

Certos autores (1) sublinham ainda que esta conclusão é a que logicamente se ajusta à teoria, tão em voga, que vê em todo o conflito de leis um conflito de soberanias e nos sistemas nacionais de regras de conflitos uma delegação da comunidade internacional. Mas aqui há engano. Se o conflito de leis é um conflito de soberanias, uma de duas:

A norma que resolve é superior às soberanias em conflito (primeira hipótese) — o que em verdade só poderia explicar-se pela ideia da delegação. Não há, porém, aqui delegação alguma. Não se concebe que sejam imputáveis à mesma fonte duas regras de competência tão contraditórias como estas: “o estado das pessoas rege-se pela lei nacional” — “o estado das pessoas rege-se pela lei do domicílio”.

(1) V. p. ex. MIAJA DE LA MUELA, na REDI, vol. III, pág. 425.

Logo, é forçoso aderir à tese do carácter nacional das regras de conflitos.

Mas se têm carácter nacional, como pode o seu objecto consistir na resolução de um conflito de soberanias? (2) A única explicação possível (segunda hipótese) seria precisamente concebê-las como regras visando apenas a delimitação da esfera de competência do direito interno local.

É de uma lógica rigorosa e impecável a observação de NIBOYET (partidário; como se sabe, da idéia de que o d.i.p. realiza uma delimitação de soberanias): não pode o juiz francês tomar o lugar do legislador estrangeiro para traçar e circunscrever o âmbito das suas leis. Pois evidentemente que não pode se aquela idéia for exacta.

E por aqui chegaríamos justamente ao resultado inverso do desejado — à teoria da unilateralidade das normas de conflitos, à concepção acreditada em tempos pelo nome de um SCHINELL, um NIEDNER, um NEUMANN, um ENNECCERUS (3).

Simplesmente, nada nos obriga a pensar o d.i.p. como tendo por alvo a resolução de um conflito de competências legislativas. É bem possível concebê-lo como um complexo normativo destinado apenas a designar a ordem jurídica interna donde os tribunais locais hão-de tirar a disciplina das relações e dos factos do comércio e do intercâmbio privado internacional; em termos de o direito estrangeiro não ser aplicado como tal no foro, com a autoridade de que já vem revestido, mas como direito nacional.

Nada impede de resolver assim o problema a que se tem chamado da importação da lei estrangeira. E jus-

(2) DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit de lois du XX e siècle*, págs. 11-12.

(3) Cfr. WOLFF, *Private International Law*, 2.^a ed., pág. 9.

tamente assim o deveremos equacionar e resolver — ou por outra forma semelhante — se a tal nos forçar a necessidade de encontrar resposta adequada para a questão de que falávamos: a da estrutura unilateral ou bilateral das normas de conflitos.

Qual é, posto o problema em termos de utilidade e conveniência prática, qual é a este respeito a solução melhor?

A da bilateralidade, sem dúvida. A técnica defectiva da norma unilateral — que a teoria não impõe, como acabamos de ver (e se impusesse, estaria errada) — pelas numerosas lacunas de lei a que conduz, limita-se afinal a transferir do legislador para o juiz o encargo de completar e fechar o sistema. E como é irresistível a tendência dos tribunais para preencher tais lacunas através da extensão analógica das normas incompletas (a prática de tantos países o demonstra com eloquência), bem pode dizer-se que o sistema da regra unilateral transporta nos flancos o germe da própria negação.

Bem sei que esta potencial contradição do sistema pode corrigir-se; porém, só em parte. Vejamos o remédio sugerido por NIBOYER — o moderno campeão da doutrina da unilateralidade — no seu projecto de lei de d.i.p., levado recentemente a uma das sub-comissões da Comissão para a reforma do Código francês. Por um lado, as regras de conflitos do projecto só determinariam os casos de aplicação da lei francesa. Por outro, a competência em França de uma legislação estrangeira só poderia resultar dessa mesma legislação.

No entanto, como resolver se duas leis estrangeiras se considerassem simultâneamente applicáveis? (4) Como regular a sucessão imobiliária de um italiano morto em França, composta de bens sitos na Inglaterra? Tanto a

(4) Em caso de conflito negativo, o remédio estaria na competência de recurso da lei francesa como *lex fori*.

lei inglesa (pelo princípio da competência da *lex rei sitae*) como a italiana (pelo da competência da *lex patriae*) que-riam aplicar-se nessa hipótese. Como decidiria um juiz francês o litígio? Não será arriscado conjecturar que o juiz francês tomaria rumo para o lado da *lex rei sitae*, orientando-se pela norma do seu direito (do projecto NIBOYET) que precisamente submete às leis francesas a successão mortis-causa, enquanto aos bens imóveis sitos em França.

E assim, o sistema da bilateralidade, expulso pela porta, voltaria a entrar.. pela janela.

Esta orientação do projecto NIBOYET — condenável, sem dúvida, dado o que fica exposto — não foi aceito pela comissão legislativa incumbida de o apreciar. A comissão aprovou um sistema intermediário, sugerido por HOUIN. A idéia da unilateralidade como regra foi expulsa do projecto francês, cujas normas determinam ao mesmo tempo o domínio de aplicação das leis francesas e (em França, naturalmente) das leis estrangeiras. Porém, a lei estrangeira designada por essas normas não será aplicada “contra vontade”; em tal hipótese, aplicar-se-á qual-quer outra legislação estrangeira que se considere competente e, na falta, o direito francês.

É (fundamentalmente) o sistema chamado em França da “oferta de competência”, que tão bem se harmoniza, de facto, com a já referida idéia (cara sobretudo aos au-tores franceses, desde PILLET) do conflito de soberanias. Mas a apreciação destoutro sistema arrastar-nos-ia para além do ponto que de momento nos ocupa, pois ele já não contende com a estrutura da regra de conflitos. Voltaremos a considerá-lo dentro em pouco.

No entanto, desde já se pode dizer — prova-o este mesmo sistema do projeto francês, de recorte tão original — que a técnica das regras completas ou bilaterais não prejudica de modo algum o respeito, ocasional ou até sistemático, de um d.i.p. alheio à *lex fori*. E assim

se perde a única possível vantagem da doutrina da norma unilateral, que segundo exacta observação de WOLFF (P. I. L., p. 97, nota 3) — e na modelação que lhe deu sobretudo HUGO NEUMANN — se reduz, afinal, a um sistema de normas bilaterais temperado pelo grão de sal de um reenvio automático.

A conclusão do exposto é, portando, a superioridade manifesta da técnica da regra de conflitos bilateral.

Ora, se relancearmos o projecto português logo verificaremos que as suas normas, com raríssimas excepções, estão formuladas segundo a boa técnica. Dizem, por ex., que o estado, a capacidade das pessoas e as relações de família serão reguladas pela lei nacional (art.º 2.º); que pela lei nacional do hereditando se regem as sucessões por morte, seja onde for que se encontrem os bens hereditários (art.º 18.º); e que os direitos reais, quer sobre coisas móveis ou imóveis, são regulados pela lei da situação das ditas coisas (art.º 22.º); etc. etc. Os raros preceitos construídos noutros moldes oferecem todos a particularidade de abrirem excepção a uma regra. Assim é que, sendo a regra que a capacidade de exercício de direitos se determina pela lei nacional, abre-se a excepção em favor da competência da lei portuguesa, quanto aos actos jurídicos praticados em Portugal, no caso de o contratante, incapaz segundo as leis do seu país, ser capaz em face do direito português. Como a justificação deste preceito — cuja estrutura, aliás, é a mesma que nas legislações donde foi importado (Código alemão e italiano, lei polaca de 1926) — reside na necessidade de proteger o comércio jurídico local, daí a unilateralidade do remédio. Nada obsta, porém, à sua generalização, em termos de dever considerar-se capaz, de harmonia com a *lex loci* e mesmo contra a *lex patriae*, todo o autor de um acto jurídico praticado em país estrangeiro — desde que a lei deste país, no seu d.i.p., assim o estabeleça.

Nenhuma dúvida, pois, de que o futuro d.i.p. português, como o brasileiro (não há neste aspecto diferença sensível entre ambos), estará informado pelo princípio da bilateralidade.

2. O d.i.p. actual — todos o sabem — está minado pelo mal do *particularismo nacionalista*. Já pôde ser definido como uma expressão puramente nacional. Em cada país, o sistema das regras de conflitos depende estritamente do direito material (da natureza das suas instituições), das condições económico-sociais, do interesse político do Estado. São esses os factores determinantes do direito internacional privado de cada Nação. E como esta matéria dos conflitos de leis toca tão de perto a soberania do Estado, nem é de esperar do legislador, nem seria de exigir, outra atitude. Há que renunciar à miragem da unificação das regras de conflitos, há que renunciar a esse belo mas impossível ideal da *harmonia jurídica*, tão caro a SAVIGNY e aos grandes homens do outro século.

Por mim, não creio do ideário apazível e cômodo da escola nacionalista, e é reconfortante verificar que já toda uma brilhante pléiade de juristas da maior ciência e autoridade vêm lutando por desintoxicar o organismo doente do d.i.p. do veneno doce das doutrinas dessa escola. Creio, sim, no ideal da *harmonia jurídica*: algum dia hão-de os povos encontrar-se na adopção de regras de conflitos uniformes — para acabar de vez com os matrimónios claudicantes, os divórcios de efeito limitado, os testamentos florescentes e válidos num país, mas irritos e nulos noutro, e mergulhando a nas trevas do nada jurídico.

Até lá.. Até lá é preciso lançar mão de todos os expedientes da técnica jurídica — quer fazer das leis, quer no interpretá-las e aplicá-las — em ordem, senão a atalhar, a atenuar os males do particularismo.

Vejamos o que a tal respeito tem para nos dizer o projecto português.

I. O novo d. i. p. lusitano não faz profissão de fé de uma absoluta independência; não faz ponto de honra de manter a intangibilidade dos seus princípios em face dos demais sistemas.

Como observa um reputado autor contemporâneo, MELCHIOR (5), os sistemas de regras de conflitos em vigor podem repartir-se em dois grupos: uns caracterizam-se por uma atitude de extrema intransigência e irreductibilidade, outros pela tolerância e o espírito de compreensão. Jactam-se aqueles de arquivar nos seus artigos e parágrafos a própria quinta essência do d.i.p.: são orgulhosos da sua pretensa superioridade, oferecem-se aos outros Estados em modelo. Como julgam possuir a verdade, vêem em toda a divergência um erro, em toda a concessão uma traição. Caso típico, o dos dois Códigos italianos (o de 1865. e o de 1942) e também o do Código grego actual. Deste pôde dizer o prof. VALLINDAS (6) que é dominado pelo princípio da independência, ou seja, pela idéia de que em cada país as regras de conflitos devem enunciar os critérios tidos aí por melhores, sem por qualquer forma tomarem em atenção, nem sequer excepcionalmente, as dos outros.

Em absoluto contraste, outros sistemas não hesitam em ceder o passo ao d.i.p. reconhecido noutro Estado, sempre que a isso, obrigue alguma razão prática imperiosa. Tal firme orientação da jurisprudência inglesa, tal a que se reflecte em certas normas do Código alemão. Chama-se isto realismo, espírito prático, sã compreensão

(5) Die Grundlacen des IPR., pág. 399.

(6) Cit. por MIAJA DE LA MUELA, na REDI, III, pág. 420 e segs.

dos fins do Direito. Aquela outra atitude envolve, pelo contrário, a deformação e o preconceito escolástico.

O d.i.p. português do futuro terá o seu lugar neste segundo grupo de sistemas jurídicos. Ele não vê os seus princípios como a própria revelação da justiça natural, antes como simples directivas e normas de valor contingente, quer em função do tempo quer do lugar: *plaisante justice, qu'une montagne ou une rivière borne...* E sensível aos males do particularismo regionalista (que aliás se reconhece impotente para estancar), permeável às correntes da época, aberto à suprema aspiração da *harmonia jurídica* — ao isolamento prefere a colaboração, ao exclusivismo a contemporização e o compromisso. Contemporiza (nos termos que já veremos) com o d.i.p. estrangeiro divergente de si.

Este *princípio da contemporização*, do reconhecimento do d.i.p. estrangeiro, exprime-se antes de mais na adopção do expediente do *reenvio*.

Muito se tem discutido à volta da idéia do *reenvio* como princípio ou teoria geral do d.i.p., e não seria este, por certo, o lugar nem o momento asado para renovar a discussão. É porém irrefragável, a meu ver, a plena justificação do sistema, senão como princípio geral, pelo menos como expediente dirigido a possibilitar certas vantagens práticas, designadamente a da uniformidade de julgados.

Simplemente se em Direito os fins justificam os meios, os meios hão-de ser proporcionais e conducentes ao fim em vista.

Se tendo em mente o escopo da harmonia de decisões formularemos apressadamente uma teoria pela qual, sempre que a lei estrangeira designada pela *lex fori* devolver a decisão do caso à procedência, ou a endossar a outra legislação, deverá aplicar-se necessariamente esta última — com forte razão poderemos ser acusados de não estar

pensando com lógica. É com efeito evidente que o resultado em mira só poderá ser alcançado, no caso de retorno à lei do foro, se o *princípio do reenvio* não fôr válido em face do direito estrangeiro designado pela lei do foro. No célebre caso da herança Forgo, os tribunais franceses applicaram o direito sucessório local, considerando que, pois que a *lex fori* definia como competente a lei nacional do hereditando (a lei bávara) e esta a lei do seu domicilio (a lei francesa), à última é que devia pertencer, afinal, a decisão do litigio. Que se passaria, porém, se a causa fosse julgada na Alemanha? A resposta é-nos dada pela não menos famosa sentença do tribunal de apelação de Lübeck aproximadamente da mesma data (de 1861): num caso análogo (sucessão de um alemão domiciliado em França) o juiz alemão applicou o direito do seu país, argumentando com a reenvio da lei do domicilio para a lei nacional. — A teoria do reenvio, na formulação agora em referênciã (a sua formulação clássica) é, pois, uma idéia sem lógica.

Mas não (aparentemente) na sua formulação moderna e britânica. Numa teoria pela qual os tribunais locais deverão julgar a causa como ela provavelmente seria julgada naquele país estrangeiro cuja legislação é tida por applicável — não se divisa o menor ilogismo. O direito francês manda regular a sucessão imobiliária *mortis-causa* pela *lex rei sitae* o direito português pela lei nacional do hereditando. Que lei aplicar em Portugal à sucessão de um súbdito francês que deixou alguns prédios na cidade de Lisboa? A lei francesa, pois os tribunais gaulleses, se fossem eles a decidir, aceitariam o reenvio da *lex situs* para a *lex patriae*. Está, portanto, assegurada — graças à utilização pelo juiz português de um duplo reenvio — a uniformidade de julgados.

Bem assim quando a lei estrangeira remeter a decisão do caso para uma terceira legislação. Suponhamos que

o cidadão francês falecido em Portugal possuía bens imóveis na Itália. O direito francês endossa a responsabilidade ao italiano, mas aceita o reendosso que este lhe oferece. Logo, pelas regras do código napoleónico é que nós deveremos, em Portugal, resolver o litígio. E assim, a decisão do tribunal Lusitano coincidirá, ponto por ponto, com a que seria proferida, no mesmo caso, quer na França, quer na Itália.

Simplemente, esta teoria, é também falsa, como teoria geral do d.i.p., por não ser susceptível de generalização. Se todos os Estados a aceitassem — em pura lógica, o problema do conflito negativo de competência seria insolúvel. O juiz português quereria regular o estado civil do cidadão brasileiro domiciliado em Lisboa tal qual como ele seria definido no Brasil, se a questão se pusesse neste país; mas, se efectivamente a questão surgisse no Brasil, os juizes brasileiros (por hipótese) haviam de a querer solucionar também como se estivessem administrando a justiça no tribunal da Boa Hora, em Lisboa. “*Fraites tirer vos gens! Non Monsieur, à vous l’honneur!*” — bradavam os capitães das hostes rivais no campo de batalha de Fontenoy. Neste duelo de cortezia e boas maneiras, a hora da acção só poderia soar quando uma das partes se resolvesse... a quebrar as regras.

Mas se o pensamento do reenvio não pode destarte ser erigido em princípio ou teoria geral do d.i.p. — nada impede no momento actual, e antes tudo aconselha, a sua adopção neste ou naquele país, nos termos da fórmula britânica há pouco lembrada. Pois a verdade é esta: hoje em dia, uma só jurisprudência nacional (a inglesa) tende a orientar-se pela *doutrina do reenvio* tomada com esse alcance. As virtualidades desta doutrina, em ordem à realização da *harmonia jurídica*, são por isso bem flagrantes.

Importa, no entanto, corrigir, a fórmula, de modo a evidenciar o seu significado e natural limitação — assim:

“a atribuição de competência a uma lei estrangeira envolve a aplicação daquelas disposições materiais que nesse país seriam acatadas, por força do respectivo d.i.p., salvo o caso de não poder lograr-se deste modo a vantagem da harmonia de decisões”.

Assim compreendida, não sei de objecções que sèriamente possam invalidar a *doutrina do reenvio*. E dentro do âmbito do estatuto pessoal, onde a aspiração de certeza, de unidade e uniformidade, se repercute com intensidade máxima — porque enfim, o homem é o mesmo em toda a parte, nos atributos fundamentais da sua personalidade sagrada — as razões pro-reenvio afiguram-se-me decisivas e inconfutáveis.

Consideremos o célebre caso citado por LEO RAAPE: Dois suíços, tio e sobrinha, residentes em Moscovo, contraíram ali matrimónio, depois de informados pelo cônsul do seu país de que o poderiam fazer, visto que, muito embora o direito interno suíço considere o parentesco no 3.º gráu da linha colateral como impedimento, o d.i.p. desta nação remete, em matéria de impedimentos matrimoniais, para a lei do lugar da prática do acto. O casamento é, pois, válido quer na Rússia quer na Suíça. Por que estranha lógica iríamos nós em Portugal — um Estado totalmente desinteressado no conflito — julgá-lo nulo?! Só sendo por amor dos princípios (aqui do princípio da nacionalidade) — são princípios esses, amor fatal, causa certa de soluções tão profundamente injustas e, a mais disso, tão contrárias ao próprio senso comum!

Tamanha fidelidade ao sistema da lei nacional não a professa o projecto lusitano. Não: quando for competente a lei nacional, há-de aplicar-se a disposição da ordem jurídica interna, qualquer que ela seja, a que esta concretamente se refira; salvo naturalmente o caso de não poder lograr-se por este caminho a harmonia de decisões, pois então será aplicável o próprio direito pátrio do indivíduo.

No entanto, essa harmonia de decisões, cuja obtenção assim justifica a regra do reenvio e condiciona o seu funcionamento, não tem que ser total. À sucessão por morte de um cidadão brasileiro domiciliado na Itália applicaremos o direito italiano, sem curar da ulterior referência por este feita à *lex patriae*. Porquê? Porque o que nos importa — dada a cidadania brasileira do decujus — é decidir a causa como ela seria decidida no Brasil.

Procedendo assim, daremos afinal de contas, ao princípio da nacionalidade — que continua o nortear-nos — a sua maior e melhor projecção. Pois essa norma reflecte essencialmente a idéia de que é justo conceder aos estrangeiros a mesma condição pessoal, o mesmo tratamento que lhes seria dispensado no seu país de origem. Se um brasileiro domiciliado em Coimbra teria no Brasil o seu estado, a sua capacidade definida em função do direito português, a que título lhe applicaríamos nós em Portugal as leis brasileiras? Pode à vontade ser-se mais papista do que o Papa, o que não pode, sem violência grave aos altos valores do Direito, é ser-se mais “nacionalista” do que o mesmo Estado nacional.

Para além do âmbito do estatuto pessoal, a posição do projecto português é um tanto diferente; mas só na medida em que no caso de transmissão da competência a um terceiro ordenamento jurídico, exige a aceitação deste.

Ex.: O testamento não foi exarado nem pela forma da *lex loci* nem pela forma da lei nacional do testador; foi-o todavia pela forma da lei do domicílio (que se considera applicável) e a *lex loci* basta-se com isso. O acto será, pois, válido pelo menos em três dos países com que tem alguma conexão; resultado óptimo, tanto mais, quando vai de acordo com a idéia do *favor testamentarius*.

Se porém na lei designada pelo direito do foro e naquella outra terceira legislação não vigorar um critério uniforme, não haverá reenvio. Ante a impossibilidade de alcançar uma total harmonia de decisões, no conflito entre o d.l.p. do foro e o da lei a que este se refere, entendeu-se que em regra não haverá razão para preferir a directiva do último. No entanto, talvez se justificasse uma norma diferente — no caso de ser o reenvio a única forma de salvar da nulidade um acto jurídico: *res magis valeat quam pereat*.

Acabou-se de tocar num dos pontos focais do projecto português. A este respeito, o d.i.p. lusitano do futuro e o brasileiro já vigente estão, pode dizer-se nos antípodas (7). Mas a circunstância é em grande parte feliz: aqui a divergência redundava em vantagem.

Desde que Portugal aceite o reenvio, nos termos explanados, o estatuto pessoal dos cidadãos brasileiros domiciliados no estrangeiro, que a referida lei de introdução (art.º 7.º) manda regular pela *lex domicilii*, será o mesmo nos dois países — tanto em Portugal como no Brasil.

No tocante às relações entre os dois Estados da nossa comunidade lusitana, a attitude do direito brasileiro adversa ao reenvio num só caso se revela prejudicial: caso dos súbditos portugueses domiciliados nalgum terceiro país (p. ex. em Cuba) seguidor do princípio da nacionalidade. Aqui a uniformidade só poderia conseguir-se respeitando o Brasil — cujos interesses não estão, aliás, em causa — graças ao expediente do reenvio, o direito interno português.

(7) Cód. civ. brasileiro, Lei de introdução, art. 16.º: “Quando nos termos dos artigos precedentes se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei”.

II. E voltemo-nos agora para a hipótese inversa: o *conflito positivo das regras de conflito*.

Também quanto a este ponto o projecto português manifesta a sua intenção de colaborar com o estrangeiro, em vista de tornar possível a harmonia de decisões.

Com efeito (seguindo o exemplo do Código alemão e de algumas Convenções da Haia — a de 1902 sobre a tutela, a de 1905 sobre os efeitos do casamento), após ter sujeitado a tutela, as relações do pátrio poder, o regime dos bens no casamento, as sucessões por morte, à lei nacional, abdica expressamente desta regra em favor da *lex rei sitae*, com referência aos bens situados num país cuja legislação os submeta a algum regime especial.

É a idéia, tão profundamente meditada por ZITELMANN, de que, sendo um conjunto de bens e direitos concebido unitariamente (*Sub specie universitatis*) pela lei mais qualificada para o regular, todavia, há que separar do acervo todos e queles elementos que a ele não pertençam segundo o estatuto próprio a cada um: o estatuto da parte prevalece sobre o estatuto do todo (*Einzelstatut bricht Gesamtstatut*”).

Assim, p. ex. Portugal (como a Espanha, a Itália, o Brasil), levando às últimas consequências o conceito romanista da sucessão universal (*universum jus defuncti*), sujeita a sucessão *mortis-causa* a uma lei única — a lei nacional do autor da herança — mesmo que os bens hereditários (móveis ou imóveis) se encontrem em diversos países. A herança de um súbdito português deve constituir uma unidade, regulada na sua devolução pelo direito lusitano. Contudo, dessa unidade serão destacados e considerados à parte — considerados *uti singoli* e não em italiano *sub specie universitatis* — todos os bens que forem situados num país em que prevaleça uma diferente concepção do fenómeno sucessório (pelo menos para efeitos de d.i.p.) e que os submeta, portanto, à lei territorial. É o caso da França. O principio da unidade e universalidade da su-

cessão, enunciado pelo estatuto sucessório, exigiria a inclusão na massa hereditária mesmo dos imóveis deixados em França pelo cidadão português. Mas o direito francês nega que esses bens pertençam à sucessão portuguesa, organiza com eles uma sucessão à parte: *quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, tot sunt patrimonia*. Há que respeitar esta posição da *lex rei sitae*.

Será esta a melhor doutrina?

Eu penso que sim. Pois o Estado nacional do de-cujus não tem nenhum poder efetivo sobre coisas situadas em território estrangeiro, a efectividade das decisões tomadas pelos seus tribunais em relação a tais coisas depende toda inteira da cooperação que lhe queiram dar as autoridades do Estado da situação — e logo uma diferente solução do problema careceria absolutamente de sentido prático. Que valor teria a concessão em Portugal a um indivíduo, *jure haereditario* (em harmonia com as leis portuguesas), da propriedade de bens imóveis existentes em França, se nada há que impeça o Estado francês de lhe denegar em absoluto esse direito, a pretexto de não ter ele fundamento algum segundo as leis territoriais? Que vale um direito cuja efectivação não pode ser garantida? Que são legislações não há-de recuar ante a perspectiva de sacrificar os indivíduos no altar de um falso doutrinário? (8)

Justificar-se-ia até a extensão da regra em termos de abranger, no conflito entre a lei nacional e a do derradeiro domicílio do *de cujus*, a pretensão de competência da última; mas tão somente, claro está, em relação aos bens situados no território do país do domicílio. É um ponto a estudar. Se assim fosse, esbater-se-ia consideravelmente, em relação a matéria tão revelante do estatuto pessoal como as sucessões a agudeza do conflito entre o sistema da lei nacional e o da lei do domicílio, que hoje é um fosso cavado entre as legislações dos países da

(8) FRANKENSTEIN, *IPR*.

nossa comunidade. À sucessão por morte dos portugueses domiciliados no Brasil, e pelo que respeitasse a todos os bens aqui situados, seria aplicável sempre o direito sucessório brasileiro, mesmo segundo o ponto de vista português. De resto, já se está esboçando no meu país uma prática nesse sentido, aliás contra a letra dos textos legais: os tribunais tem-se recusado a incluir, nos inventários por óbito dalgum nacional, bens sitos em território estrangeiro, designadamente no Brasil.

Mas como quer que seja quanto a este ponto, certo é a regra focada há pouco possuir a elasticidade bastante para ressaltar a aplicação e o respeito de uma norma como a do § 1.º do art.º 10.º da Lei de introdução ao Cód. brasileiro: “A vocação para suceder em bens de estrangeiro situados no Brasil, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge brasileiro e dos filhos do casal, sempre que não lhes seja mais favorável a lei do domicílio”.

E assim se vê como o projecto português, numa atitude de vincado e creio que louvável realismo, consagra também, com o do *reenvio*, o princípio a que se tem chamado *da maior proximidade — da maior competência*. No d.i.p. brasileiro não se encontram vestígios nem de um nem de outro.

III. Por outra forma ainda, além das apontadas, se pode afirmar também a idéa de reconhecimento e do respeito do d.i.p. estrangeiro.

Nem em Portugal nem no Brasil, a homologação de sentença procedente doutro país exige que o tribunal estrangeiro tenha aplicado a lei devida, segundo as normas de conflitos locais (C.P.C. port., art.º 1102.º; Cód. civ. bras., Lei intr., art.º 15.º). É, pois, válido, para o direito português e brasileiro, este princípio:

“Toda a situação jurídica, constituída ou definida por uma sentença judicial estrangeira digna em si de reconhe-

cimento, será reconhecida e produzirá os seus efeitos neste país; salvos sempre os princípios da ordem pública e dos bons costumes.

A justificação desta regra é intuitiva. Por ela, o d.i.p. local apaga-se, cede o lugar a um d.i.p. estrangeiro, pois naturalmente o tribunal sentenciador terá resolvido o conflito de leis pelas suas próprias regras de conflitos, que podem não coincidir com as do país do *exequatur*. O Cód. português só abre excepção para o caso de, tendo sido a sentença proferida contra um nacional e considerando-se a lei portuguesa aplicável, haver sido aplicada outra.

E o que se pergunta agora é se não deverá aplicar-se a mesma doutrina a todos os direitos firmemente adquiridos, a todas as situações jurídicas criadas em país estrangeiro, à sombra da lei a que os interessados, nesse momento, pudessem razoavelmente julgar-se sujeitos. E assim se validariam, no Estado nacional das partes, tantos actos do estatuto pessoal praticados no estrangeiro, ao abrigo da *lex domicili*.

Mas enfim, não seria isso praticamente o mesmo — objectarão os adeptos intransigentes do princípio da nacionalidade — que substituir a esta regra a do domicílio? Vamos nós esquecer, na solução do melindroso problema, o supremo interesse do Estado?

Muito embora se me não afigurem tais objecções irrespondíveis, reconheço que numa nação como Portugal não seria porventura oportuno abdicar do princípio da nacionalidade, nem mesmo só naquela medida; abdicar desse princípio em favor de todo e qualquer país, e não apenas deste — um país irmão.

Por isso, o projecto português não sansiona aquela doutrina em toda a sua latitude. Tem, contudo, uma norma que a consagra já numa extensão apreciável: a regra da competência da lei nacional “não obstará a que se reconheça plena validade, em favor do interessado ou

de quem o represente, aos actos jurídicos praticados por um português no país estrangeiro da sua residência permanente e efectiva, na conformidade das leis desse país, muito embora tais actos devessem julgar-se nulos segundo as disposições applicáveis do direito privado português”.

Além disso, encara-se a possibilidade de incluir no futuro Código uma regra que dê satisfação, em termos gerais, ao citado *princípio do respeito internacional dos direitos adquiridos* — adquiridos em país estrangeiro ao abrigo da lei a que os interessados, nessa ocasião, pudessem razoavelmente considerar-se ligados — sempre que a lei portuguesa não formule, no caso, qualquer pretensão de applicabilidade. Algo de semelhante ao que está fixado no art.º 25.º, II, do projecto francês (9).

Não encontro nada de equivalente no direito brasileiro. E compreende-se, pois onde a oportunidade dessa directiva se torna mais flagrante é nos Estados que praticam o sistema da lei nacional: trata-se de atalhar, por tal modo, à extrema rigidez e à inconveniência prática do princípio.

IV. *Reenvio, maior proximidade, respeito internacional dos direitos adquiridos* — eis as principais técnicas usadas no projecto lusitano com vista à obtenção da *harmonia jurídica*, as capitais implicações do princípio a que chamei da *contemporização*.

Poderá caracterizar-se também esse projecto pela autonomia dos seus conceitos em relação aos do respectivo direito material?

Tocamos agora na tão famosa *questão das qualificações*.

(9) “Todavia, debaixo da mesma reserva (ordem pública), se a lei francesa não applicável (à situação jurídica criada no estrangeiro), basta que esta situação jurídica tenha sido criada em virtude de uma lei estrangeira que se considerava competente, para que ela possa produzir os seus efeitos em França.”

São bem conhecidos os termos do problema. Ao estabelecer os seus preceitos de d.i.p. e para fixar a cada um o campo de acção respectivo, o legislador serve-se muito amiúde, como expediente técnico, da referência a conceitos jurídicos: forma externa dos actos, validade intrínseca, capacidade, obrigações, direitos reais. Por isso, dada uma relação do comércio internacional e a consequente necessidade de lhe definir a lei reguladora, uma questão prévia se põe: caracterizá-la ou qualificá-la, isto é, apurar o conceito jurídico e, por aí, a norma de conflitos a que pertença. A relação originada no contrato de arrendamento é da competência da lei das obrigações ou da competência da lei dos direitos reais? A prescrição extintiva pertence ao estatuto obrigacional ou, como matéria de direito adjectivo, à lei do foro?

Questão já de si delicada, que se complica ainda pela possibilidade de a matéria ser qualificada diferentemente nas várias leis em contacto com a relação *sub-judice*.

Por ex.: o direito do arrendatário rústico ou urbano pode ser definido no país do foro com direito pessoal, ser qualificado como direito real no da celebração do negocio jurídico. E surge então a necessidade de apurar a qualificação decisiva, como questão prévia — a necessidade de resolver o conflito de qualificações. Prevalecendo a concepção da lei do tribunal, o direito competente será o relativo à substância e efeito dos contratos; prevalecendo a da *lex loci*, a lei do lugar da situação do prédio.

Sabe-se como a doutrina tem oscilado entre dois polos: de um lado, a idéia da necessária vinculação do d.i.p., dos seus conceitos-balisas, ao direito material do foro (KAHN, BARTEN); do outro o pensamento da *harmonia jurídica* inspirando teorias de variado matiz — desde a que manda atender à mesma *lex causae*. (hoje considerada a salvo da arguição do círculo vicioso) até aos sistemas em

que se preconiza a modelação pelo d.i. de uma *conceptologia própria*.

É evidente que me não posso propor aqui dilucidar tão magno problema. Mas já revelei do meu pensamento o bastante para poder conjecturar-se qual seja, nas suas grandes linhas, a minha posição diante dele. Sou partidário da *doutrina da autonomização*.

Estreitamente compreendida em função do direito material de um país, amarrada, jungida ao sistema das suas instituições e das suas caracterizações — a norma de conflitos torna-se incapaz de satisfazer as necessidades para que foi criada. Nem admira: pois não é com instrumentos puramente nacionais que pode acometer-se e levar-se a cabo uma tarefa internacional.

O d.i.p. é a comporta que, uma vez levantada, permitirá às leis e instituições estrangeiras irromperem no país, inspirando e modelando as decisões dos seus tribunais e autoridades. Logo é forçoso que às regras de conflitos corresponda uma *conceptologia própria* — um quadro de conceitos com a compreensão necessária para abranger todos os fenómenos jurídicos possíveis e todas as instituições conhecidas no mundo civilizado. Cada país tem um quadro limitado de instituições, há muitas mais à face da terra — e o d.i.p. destina-se precisamente a tornar possível o reconhecimento de todas, a importação de todas.

Que diríamos de um sistema aduaneiro construído em termos de só prever (e permitir) a importação de mercadorias iguais ou correspondentes às produzidas no país? Seria um absurdo, não é verdade? Numa terra onde se não fabricassem automóveis. ninguém poderia andar de automóvel, numa terra que não fosse dada à cultura de batatas... seria proibido comer batatas. .

Pois não será menos absurdo — embora provavelmente seja menos prejudicial... — um sistema de regras de conflitos edificado à maneira antiga: abrangendo só

na previsão das suas normas, as instituições do direito local.

Tomemos o caso da adopção, como fonte de relações de família e de direitos sucessórios. É uma instituição que se não compreende ainda no quadro das leis internas portuguesas. Prevalecendo a concepção tradicional, tão pouco a comportariam os quadros do nosso d. i. p. Mais precisamente: não a comportaria a norma deste direito que manda regular as relações da família pela lei nacional, já que, nessa lógica, tal norma só poderá referir-se às relações derivadas do parentesco, do casamento, da afinidade. E o mesmo se diga, em relação a qualquer caso análogo, da regra do art.º 7.º da Lei de introd. ao Cód. civ. deste país.

Seria o não reconhecimento forçado de toda a instituição estrangeira, da adopção p. ex., não admitida e regulada na ordem jurídica local e por esse simples facto. Seria o retorno a SAVIGNY, ao primeiro desabrochar do d. i. p. moderno. Ninguém pode aceitar hoje aquele princípio — a não ser diante de uma instituição imoral ou injusta, ou contrária ao interesse do Estado, e ainda quando a sua importação exija dalguma autoridade local uma forma de cooperação com as partes que exorbite do quadro das suas atribuições.

Impõe-se, portanto, autonomizar o d. i. p., libertá-lo do jugo do direito material em que tem vivido. A norma de conflitos não pode referir-se a fenómenos ou instituições privativas da *lex fori*, mas a uma essência, uma abstracção — a criar pela comparação das diferentes leis nacionais. À regra que manda regular as relações de família pela *lex patriae* e a vocação sucessória pelo direito nacional do *de cujus* (ou o do seu domicílio) — teremos de atribuir a elasticidade bastante para compreender todas as relações jurídicas familiares (até mesmo a adopção), todas as fontes de vocação sucessória (até mesmo o contrato) reconhecidas nas legislações estrangeiras.

É o pensamento de RABEL — um pioneiro e um *caput scholae* — que nesta medida se me afigura merecedor de todo o aplauso, como ideia imediatamente realizável.

E o futuro sistema legal português dá-lhe acolhimento. Simplesmente a técnica seguida foi esta: criar uma regra autónoma prevendo expressamente o caso das instituições estrangeiras não reconhecidas no ordenamento local. O seu teor é o seguinte:

Art.º 34 bis — Salva a reserva formulada no artigo anterior, não obstará ao reconhecimento no país de uma instituição jurídica estrangeira, quando esse reconhecimento for implicado pelo da lei competente, a circunstância de tal instituição ser ignorada do direito interno português.

Esta regra não contende com o limite legal das atribuições dos funcionários públicos do Estado (10).

Quanto à outra face do *problema das qualificações*, quanto às dificuldades (as mais graves, valha a verdade) que advêm da diferente caracterização do mesmo fenómeno ou questão de direito na *lex fori* e nas outras leis interessadas no conflito — o projecto mantem-se por enquanto omissivo. Mas o que nele já se adverte, a este respeito, chega para o caracterizar como integrado naquella tendência, autonomista que constitui, por certo, um dos rasgos mais salientes do moderno d. i. p.

4. Passemos agora a analisar o futuro d. i. p. lusitano pelo prisma das soluções que dá aos conflitos de

(10) Por ex.: não poderá requerer-se a um tribunal português a homologação de um testamento britânico.

leis. Não vou, evidentemente, dissecá-las uma a uma. Limitar-me-ei a sublinhar dois princípios cujo interesse se me afigura capital: o da *autonomia da vontade* e o da *nacionalidade*.

I. O primeiro é formulado para o domínio das obrigações constituídas por acto ou negócio jurídico. Essas obrigações serão reguladas pela legislação “que as partes tiverem designado ou tido em vista”.

Esta regra marca a aceitação de uma directiva da escola italiana. Eis como a justifiquei na exposição de motivos que acompanha o projecto:

Bem se sabe que o *princípio da autonomia da vontade*, tem sido, de todos os tempos, um dos mais discutidos do Direito Internacional Privado. Mas a repulsa que tem merecido a tantos autores representa em grande parte, manifestamente, um excesso de sensibilidade a razões de pura lógica: deve ser taxada de franco exagero.

Tudo se resume a saber se a solução que ele postula é razoável.

Ora, sem dúvida.

Não fossem as dificuldades a ela inerentes, e a investigação da lei reguladora da relação contratual deveria unicamente ser tarefa a executar pelo juiz da causa, olhando às circunstâncias de cada caso concreto. Pois sujeitar a variedade e a extrema complexidade das situações da vida, correspondentes à qualificação de negócios obrigacionais, na quadro rígido de um critério único e inflexível, é pretensão a que de há muito renunciou a melhor doutrina. Ao passo que classificar esgotantemente a massa das relações obrigacionais (de acordo com a mais recente orientação) em tantas espécies ou tipos bem definidos quantos os precisos para fazer corresponder a cada relação a lei devida, a lei mais ajustada à situação típica dos interesses — *the proper law of the contract* — se não constitui ambição de todo irrealizável (como pro-

vavelmente.), ao menos constitui de certeza ambição irrealizada por enquanto.

Isto nos explica que haja até mesmo autores que, sem renunciar à idéia de que a determinação do estatuto contratual deveria ser conduzida por critérios acima da vontade das partes, venham a cair, afinal, como solução de emergência, no recurso a essa vontade. Eles não querem, dir-se-ia, que às partes sejam directamente reconhecidos os poderes bastantes para livremente solverem o conflito, como coisa sua; não obstante, aceitam haver boas probabilidades de que a lei por elas designada coincida com — *the proper law of the contract*; de que a solução por elas escolhida seja a solução racional do conflito de leis: e conformam-se, por isso, com a designação feita.

De acordo com tal orientação, o facto de as partes terem escolhido uma certa lei tem o valor de um simples indicio (mas de importância quase sempre capital) de que é essa realmente a lei indicada para reger a relação jurídica — a lei da sede. “As forças imponderáveis, que suscita o próprio interesse, convertem as partes contratantes nos julgadores mais adequados (da localização do contrato)” (M. WOLF, *Derecho Internacional Privado*, pág. 215).

Como há ainda quem ponha o problema destoutra forma:

Se as partes designaram expressamente determinada lei para reger o seu contrato, isso é indicio seguro de que tal contrato foi estipulado tendo-se presentes as disposições dessa lei. Pô-lo na dependência doutra, seria correr seguramente o risco de frustrar a intenção dos contraentes, de deformar o acordo de vontades. Deve por isso respeitar-se a estipulação, não, em suma, como homenagem à liberdade individual, não directamente por causa da vontade que ela exprime — mas sim porque

esse facto evidencia a íntima e vital conexão do negócio com a lei designada.

O que interessa, porém, directamente, no plano do direito constituendo, é apenas saber se deve reconhecer-se o valor jurídico à designação que as partes tenham feito da lei aplicável. Ora do exposto resulta que sim.

Se não é admissível confiar a solução do problema a um critério imperativo único; se não é fácil, nem sequer possível, formular tantos critérios objectivos justos quantos os tipos imagináveis de situações; se não é conveniente sujeitar as partes à incerteza até que sobrevenha uma decisão judicial; se, por outro lado, perfeitamente se entende que os contraentes possam ter um interesse digno e sério em submeter a sua relação a esta lei ou àquela: está naturalmente indicado, desde que o tenham feito, o acatamento da sua vontade.

Nem deverá ser preciso que possa falar-se de uma intenção das partes expressamente dirigida a sujeitar o contrato a certo ordenamento jurídico: bastará que elas tenham contratado na suposição de que esse ordenamento era o aplicável.

Assim, pois, a intenção das partes contratantes é elevada à dignidade de um verdadeiro critério de competência legislativa. Não se trata de uma simples liberdade de integração do regime do contrato, nos limites demarcados pela lei competente, senão que da própria escolha directa desta lei. Nem há nisto erro de técnica, não há sobreposição da vontade à disciplina legal imperativa, ao *jus cogens*, porque uma norma só pode ser obrigatória dentro dos limites de competência da legislação a que pertence. Isto quer dizer que a objecção envolve uma insofismável petição de princípio. Ela pressupõe resolvido o problema da lei aplicável, quando afinal a questão só está posta, e é justamente para a resolver que a vontade das partes é solicitada. Dá por demonstrada, sem qualquer demonstração, a competência de uma lei diferente da

escolhida: mas por que não há-de ser esta mesma a própria lei competente — a única?

O projeto põe uma importante limitação à liberdade de escolher a lei aplicável. A opção há-de corresponder a algum interesse importante e atendível.

É o caminho mais lógico: O problema em causa consiste meramente em separar, dentre as várias leis em contacto com a relação jurídica, aquela cuja aplicação constitua a solução mais razoável do conflito. Não se compreenderia, portanto, que as partes pudessem mover-se com inteira liberdade.

Em rigor, só deveria até considerar-se a escolha que recaísse numa das leis objectivamente ligadas à relação.

Ponderou-se todavia que a designação doutra lei pode corresponder “a um interesse importante e atendível” de uma das partes ou de ambas. Assim, v. gr., quando a lei estipulada para reger um certo contrato for a aplicável a um outro, do qual o primeiro seja, economicamente, ou um simples acessório ou um desenvolvimento; que seja, em relação a este, um pressuposto, a sua base económica. (Sendo a ligação dos dois contratos uma ligação jurídica, então o caso já estaria abrangido no outro critério). Exemplo: Um comerciante português, que importou mercadorias da América por intermédio de uma firma americana, ficando a negociação submetida ao direito americano — poderá ter um interesse “importante e atendível” em estipular a aplicabilidade do mesmo direito às operações de revenda dessas mercadorias em Portugal. Fazendo-o, estará ele seguro, na verdade, do seu direito de regresso contra a firma americana, se acaso os seus clientes vierem tomar-lhe responsabilidades por defeitos da coisa. Ora poderia duvidar-se da legitimidade de se considerar, no caso, a lei americana como uma daquelas em contacto com a rela-

ção jurídica — segundo a acepção que tradicionalmente revestam tais expressões.

De resto, a fórmula é suficientemente compreensiva para abranger ainda casos de outra índole.

Se a lei designada pelos contraentes for uma daquelas com que a relação jurídica estiver em contacto através de um dos elementos *típicos* de conexão — a nacionalidade ou o domicílio das partes, ou de uma delas, o lugar da celebração ou da execução do contrato, a situação da coisa — a escolha será válida, independentemente de qualquer outra averiguação (art.º 3.º, III): presumir-se-á que ela foi determinada por algum interesse “importante e atendível”. Em qualquer outra hipótese, os contraentes terão de convencer o juiz da importância e seriedade do interesse que esteve na base da estipulação.

Há que resguardar a hipótese de não terem as partes feito uso da faculdade de escolher a lei aplicável, ou de não ser atendível a escolha feita. Nesse caso, o juiz deverá observar a solução que lhe pareça mais razoável conforme a natureza e circunstâncias do contrato. Mas a um tal preceito vai fatalmente ligada uma grande dose de incerteza. Por isso, houve o cuidado de formular, a título exemplificativo, alguns critérios para certos tipos de casos, de acordo com a orientação do legislador polaco de 1926 e do projecto checoslovaco de 1932. Assim é que:

1.º — Os contratos celebrados nas Bolsas ou em mercados públicos serão regidos pela lei do lugar da celebração;

2.º — Os contratos relativos a bens imóveis, pela lei do lugar da situação dos mesmos bens;

3.º — Os contratos com o Estado ou entes públicos congêneres, para a realização de um fim de serviço público, pelas leis territoriais do Estado ou ente público contraente;

4.º — Os contratos-tipo (contratos de adesão) pela lei do principal estabelecimento da entidade que oferece o padrão contratual, ou, quando estipulados por intermédio de uma agência, filial, sucursal ou delegação, pela do país onde esta se encontra;

5.º — Os actos praticados por um empresário no exercício directo da sua empresa, pelas leis do país onde esta funciona; no caso de existirem vários estabelecimentos, pelas do território onde funciona o estabelecimento em cuja esfera a negociação foi concluída;

6.º — Os contratos celebrados com pessoas que exercem uma profissão oficial ou oficializada, como advogados, médicos, etc., e que se integram no exercício dessa profissão, pelas leis do Estado onde tais pessoas têm o seu domicílio profissional.

Em último termo — e sempre que outra coisa não resulte da natureza e circunstâncias do acto — decidirá a lei do domicílio comum das partes; na falta de domicílio comum, a do domicílio do obrigado ou daquele que atribui o benefício, nos contratos unilaterais e nos gratuitos; nos restantes, a lei do lugar da celebração.

O reconhecimento no Projeto português do *princípio da autonomia da vontade* está na linha tradicional da orientação do direito luso-brasileiro. Efectivamente, o art.º 4.º do Cód. comercial português, mandando regular a substância e efeitos dos contratos pela lei do lugar da celebração, ressalva expressamente a convenção das partes em contrário; e o mesmo fazia o art.º 13.º da antiga Lei de introd. ao Código brasileiro (11). Vejo,

(11) A esta interpretação dos textos legais português e brasileiro fez o prof. MACHADO VILELA guerra acesa. Parece, no entanto, que a opinião dominante no Brasil era a referida no texto: CLOVIS BEVILAQUA, *Direito Internacional Privado* (3.ª ed., 1938, pág. 359); ESPINOLA, *Tratando de Direito Civil*, vol. VIII, *Direito Internacional Privado*, Parte especial, tomo 1.º, pág.514 e segs.

porém, do texto do art.º 9.º da Lei de introdução actual, que o sistema foi abandonado neste país. Permito-me opinar que era mais sábia a solução da lei anterior. A meu ver, o sistema da lei do lugar da celebração só como sistema suplectivo pode justificar-se. Na era do avião, em que vivamos, há-de tornar-se cada dia mais frequente dois indivíduos contratarem num país em que estejam apenas de passagem (na gare do aeroporto, no breve tempo entre a chegada e a partida dalgum clipper gigante), sem ter o seu contrato nenhum laço de conexão apreciável — salvo essa, toda fortuita e insignificativa — nem com a ordem económica nem com a ordem jurídica dessa nação. Será justo que sem embargo disso sujeitemos imperativamente o negócio às leis em vigor nesse lugar?

Certo é, porém, que na prática a distância entre as duas orientações não é tamanha, pois a grande maioria das normas legais sobre os contratos tem natureza meramente suplectiva.

II. O grande ponto de atrito entre o d. i. p. dos nossos dois países é, senhores, o *critério para a determinação do estatuto pessoal: nacionalidade* num lado, noutro *domicílio*. Não importa apreciar as razões que desviaram o Brasil, neste ponto, da antiga linha de rumo; elas são de certo ponderosas. Como também não importa ajuizar dos motivos que hajam de levar Portugal a não se demitir da sua posição. De resto, para além das razões doutrinárias estão as políticas: é coisa bem averiguada que o que sobretudo decide, conforme os lugares, da preponderância do sistema da *lei do domicílio* ou da *lei nacional*, não é senão a conveniência, aqui de apressar (ou de não retardar) a assimilação dos estrangeiros residentes, acolá de manter a união espiritual dos emigrantes à mãe pátria. Estas duas políticas de

sinal contrário levarão naturalmente (ainda que não fatalmente) a soluções contrastantes do nosso problema.

Mas não quer dizer que toda a conciliação seja impossível. Pelo contrário: divisam-se largas perspectivas de entendimento. Não me estou referindo a um possível entendimento entre os Estados partidários do *sistema do domicílio*, de um lado, e, do outro, os seguidores do *sistema da nacionalidade*. Estou-me referindo a alguma coisa de muito mais facilmente exequível: um acordo entre as duas Nações da nossa comunidade luso-brasileira.

Consentiria o Brasil em regular em princípio pelas leis da sua Nação o estatuto pessoal dos portugueses aqui residentes. Em contrapartida, Portugal estaria de acordo com a aplicação a esses indivíduos do direito brasileiro logo que estivesse bem comprovada, pelo decurso do tempo (3 anos, 5 anos), a sua intenção de se fixarem aqui de modo permanente, de cá se enraizarem, enfim, de fazerem do Brasil — o que o Brasil já é, afinal, no coração de todos os portugueses: uma segunda Pátria.

E esta não é a única solução possível. Os esforços poderiam orientar-se noutro sentido: Portugal — que em relação aos brasileiros residentes no seu território já hoje aplica, pela combinação dos *princípios da nacionalidade e do reenvio*, a lei que o Brasil queira; que em relação aos seus nacionais, que sejam também cidadãos brasileiros aqui domiciliados, já hoje aceita, para todos os efeitos legais, a prevalência da cidadania brasileira (Cód. civ., art.º 18,§ 3.º) — Portugal consentiria ainda em apreciar segundo as leis do Brasil todas as relações de carácter pessoal aqui estabelecidas por um português residente. O Brasil, por seu turno, não levantaria obstáculos a apreciar segundo a legislação portuguesa quaisquer relações desse tipo constituídas em Portugal por um cidadão português, mesmo depois de ter fixado a sua residência neste país.

São tudo técnicas possíveis para a solução de um problema cuja premência ninguém contestará.

De resto, para além de quanto neste sentido possa fazer-se — e muito poderá fazer-se — à mesa das conferências diplomáticas ou no recanto solene das chancelarias de Estado — já no projecto d.i. lusitano se encontram providências idóneas para realizar uma certa *harmonia jurídica* entre os nossos dois países, não obstante as diferenças de legislação, quer no campo do estatuto pessoal quer em outros. É a lição que ressuma de quanto acaba de ser exposto.

O *reenvio* permitir-nos-á lograr a unidade do estatuto pessoal em relação a todos os cidadãos brasileiros, quer tenham aqui, nas Américas, a sua residência permanente, quer demorem lá do outro lado do Atlântico.

O *princípio da maior proximidade* autorizará, inclusive, a regular em Portugal pelo direito brasileiro as sucessões por morte dos portugueses aqui domiciliados, quanto aos bens situados neste país.

Em terceiro lugar, deixará de haver obstáculo (salvo o limite da ordem pública) à importação e ao reconhecimento em Portugal de quaisquer instituições brasileiras porventura ignoradas do direito lusitano.

Por último, o *princípio do respeito dos direitos adquiridos*, em seu primeiro e tímido afloramento, viabilizará, nalguns casos, a homologação no meu país de situações jurídicas criadas aqui por cidadãos portugueses, ao abrigo das leis do seu domicílio e contra a disposição imperativa da lei nacional.

Serão tais expedientes a medicina eficaz para debelar o mal da divergência das regras de conflitos?

Ninguém ousaria dizê-lo. Não: não passam as normas descritas de meros paliativos. Cortar a raiz do mal exige mais drásticas medidas. Estudar e apontar esses remédios aos governos interessados é nobre missão

de que por certo não quererão desertar os juristas dos dois países. Quanto levem a cabo, em prol da unificação, não será demais no interesse de portugueses e brasileiros, no interesse das duas Pátrias irmãs. Porque enfim, não é demais nada que se faça no sentido de cunhar a expressão jurídica adequada a esta bela e profunda comunhão de sangue, de história, de língua, e de crença, de costumes e de trabalho, de ideias de vida, de cultura — este Brasil, onde vive, e labuta, e pensa, e quer Portugal, esse Portugal donde já se adivinha e entrevê, para além dos mares, esta grandeza imensa, esta força estuante; o BRASIL!